



Universidade de Brasília –UnB

Faculdade de Direito

**AS TRANSFORMAÇÕES NO MUNDO DO TRABALHO: UM
ESTUDO SOBRE A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO
TERCEIRIZADO**

LARA PARREIRA DE FARIA BORGES

BRASÍLIA

2013

Universidade de Brasília –UnB

Faculdade de Direito

LARA PARREIRA DE FARIA BORGES

**AS TRANSFORMAÇÕES NO MUNDO DO TRABALHO: UM
ESTUDO SOBRE A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO
TERCEIRIZADO**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de bacharel em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília
– UnB.

Orientadora: Profa. Dra. Gabriela Neves
Delgado

BRASÍLIA

2013

LARA PARREIRA DE FARIA BORGES

**AS TRANSFORMAÇÕES NO MUNDO DO TRABALHO: UM
ESTUDO SOBRE A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO
TERCEIRIZADO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB, pela banca examinadora composta por:

Profa. Dra. Gabriela Neves Delgado (Orientadora)
Universidade de Brasília

Prof. Doutor Juliano Zaiden Benvindo (Membro I)
Universidade de Brasília

Prof. Dr. Ricardo José Macedo de Britto Pereira (Membro II)
Universidade de Brasília

Renata Queiroz Dutra (Mestranda)
Universidade de Brasília

A Celina Parreira de Faria e Nestor Martins de Faria, entusiastas da minha caminhada que me inspiram com seu exemplo de amor.

AGRADECIMENTOS

*“Sobre tudo o que se deve guardar,
guarda o coração,
porque dele procedem as fontes da vida.”
Provérbios 4:23*

Os agradecimentos vão para aqueles que guardo em meu coração e são minhas fontes na vida. Com toda a gratidão que transborda a alma, parece que as palavras não são suficientes para expressar todos os sentimentos que inundam meu ser quando me lembro de cada um que passará por estas páginas. Fica aqui a tentativa de, em breves linhas, demonstrar um pouco do reconhecimento e da alegria do muito que fizeram e fazem por mim.

A Deus, pelo amor que dá fôlego à vida, pela força e lugar seguro em todos os momentos. Obrigada pelo exemplo de bondade e pelos ensinamentos de amor, pela paz e equilíbrio mesmo nas situações difíceis. Obrigada por me conhecer melhor que eu mesma e, assim, providenciar o consolo e a força nas vicissitudes da vida, que só a sua onisciência e onipotência amparam. Senhor, obrigada por dar luz aos meus passos e direcionar meu caminho colocando pessoas incríveis para me abençoar.

A Sara Parreira de Faria, por ser a melhor amiga que veio na forma de mãe amorosa e sábia, regando meus sonhos e me incentivando com seu entusiasmo pelas belezas da vida. Obrigada por me ensinar a amar ao próximo, a retribuir o mal com o bem, a buscar a justiça, a ser forte e determinada sem nunca perder a ternura. Obrigada pelas palavras de incentivo quando eu quase desanimei, pelo colo, pelas noites sem dormir (e não estou contando apenas as de quando eu era criança ainda, mas também aquelas em que fiquei até tarde escrevendo, você me levava café e no fim adormecia ali pertinho de mim mostrando que estava dando o apoio que eu precisava!). Obrigada por sempre exigir o melhor de mim em todas as áreas sem nunca deixar de fazê-lo com amor e carinho. Obrigada por me levar ao colégio, natação, piano, inglês e tudo o mais durante todos os anos, momentos de trânsito (principalmente de ideias) que serviram para a construção de nossa grande amizade. Obrigada por me encorajar a desbravar caminhos novos, a enfrentar as dificuldades, a conhecer novos mundos. Obrigada por chorar meu choro e se alegrar com meu riso. Obrigada por me aguentar discursando sobre minhas ideias jurídicas mais mirabolantes e utópicas e ainda ler o que escrevo, quando nada disso faz parte de seu universo profissional. Obrigada por sempre acreditar em mim, de forma que eu cresço me vendo pelos seus bondosos olhos!

A Júlio César Borges, por ser pai zeloso e provedor, sempre incentivador dos meus sonhos e entusiasta dos meus planos. Obrigada por me ensinar com sua história de vida a lutar contra as adversidades e a vencer obstáculos, mesmo quando sozinho, para realizar o sonho de fazer outros terem um belo sorriso. Obrigada por seu exemplo de profissional dedicado e ético, cuidando da saúde de tantos.

A Lucas Parreira de Faria Borges e Felipe Parreira de Faria Borges, orgulhos de uma irmã coruja, pelo privilégio de poder dividir com vocês sonhos, risadas, planos para nosso futuro, ideias, alegrias, lutas e viagens. Obrigada por me fazerem rir com suas histórias divertidas, por me carregarem pela casa me fazendo sentir a irmã mais nova. Obrigada por serem pessoas de um caráter lindo e exemplar, por considerarem o outro, suas qualidades e dificuldades, por me ensinarem tanto com a inteligência que têm. Obrigada por me darem a notícia que eu havia passado na UnB com balões dizendo “A magrela passou!”, obrigada por serem os primeiros a confiar em andar de carro comigo assim que tirei a carteira de motorista, obrigada por acreditarem em mim. Obrigada por serem meus grandes amigos e companheiros para todas as horas! Vocês são geniais!

A Celina Parreira de Faria, por ser a mamãe querida (que o mundo “normal” insiste em dizer que é minha avó), que, por tanto amor, carinho e cuidado, não poderia receber outro posto em minha vida senão o de mãe. Obrigada por acompanhar meus passos desde bebê. Obrigada por sempre brincar comigo de escolinha, ajudar-me a carregar as bonecas e o quadro, sempre alimentando meus sonhos. Obrigada por ser um exemplo de solidariedade com todos os que cruzam o seu caminho e de simplicidade em encarar a vida. Obrigada por me inspirar com sua humildade, doçura, determinação, força, coração enorme e garra para viver. Obrigada por ensinar em cada gesto de afeto que o mais luxuoso de todos os bens é o amor. Seu olhar sobre mim tem uma importância incalculável.

A Nestor Martins de Faria, querido vovô, por saber ser humano no sentido mais completo do termo. Obrigada pelo exemplo extraordinário de superação na busca pelo aprendizado, pelo ensino e pelo bem ao próximo e à natureza, sempre saindo da zona de conforto, quebrando paradigmas e enfrentando novos desafios. Obrigada por transmitir o muito que sabe a uma neta que tanto o admira. Obrigada por encorajar meus estudos de Direito com seu encanto pela justiça, ler meus escritos e compartilhar suas percepções sempre entusiasmado com minha jornada.

A Joana da Cunha Borges (Vovó Joaninha) e Hernandes Borges (Vovô Nando), que em memória emprestam tanta saudade ao meu coração.

A todos os meus familiares e amigos que acompanham os passos da menina que lhes escreve. Em especial, aos queridos amigos Marina Ferreira, Bruna Souza, Priscilla Emrich, Mariana Justiniano, Amanda Naoum, Camila Pacheco, Danielle Ferreira, Aimée Feijão, Virna Cruz, Rodrigo Leonardo Melo, Rafael de Deus e Rafael Santiago por dividirem desejos, alegrias, angústias e amizade verdadeira.

À querida mestra Dra. Gabriela Neves Delgado, por me encantar com seu jeito que reúne doçura, delicadeza, determinação e exigência (em uma combinação aparentemente paradoxal, mas que a torna ainda mais brilhante). Obrigada por dar luz às minhas primeiras investidas na pesquisa jurídica. Obrigada pelo zelo e carinho ao me orientar na elaboração desta monografia. Obrigada pelos grandes ensinamentos e encorajamento na minha caminhada acadêmica e na vida.

Ao querido mestre Dr. Juliano Zaiden Benvindo, por despertar em mim, com sua sensibilidade e amor ao ensino, o entusiasmo pelo estudo do Direito que não oprime o diferente. Obrigada pela paciência e dedicação em orientar meus incipientes e vacilantes passos na pesquisa. Obrigada por me inspirar com sua inteligência e brilhantismo na percepção do Direito.

*Erga a voz em favor dos que não podem defender-se,
seja o defensor de todos os desamparados.
Provérbios 31:8*

RESUMO

A presente pesquisa busca uma análise constitucional da regulação do fenômeno da terceirização. A terceirização surge como solução para um modelo de produção que precisa reduzir custos e adaptar-se rapidamente às necessidades do mercado. Como prática do sistema neoliberal que permeou as mais diversas atividades, a terceirização também passou a ser utilizada pela Administração Pública. Em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal modificou o entendimento da Súmula 331 que regulava a prática terceirizante, reduzindo as garantias do trabalhador terceirizado que presta serviços ao Poder Público. Posteriormente, o Tribunal Superior do Trabalho também reformulou as diretrizes da Súmula 331 nesse mesmo sentido. Nesse contexto, avaliar os limites da terceirização trabalhista na Administração Pública é, pois, um desafio necessário para o Estado Democrático de Direito no Brasil contemporâneo.

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização. Administração Pública. Precarização. Sistema neoliberal. Constituição.

ABSTRACT

The research seeks to analyse under a constitutional view the phenomenon of outsourcing practice. Outsourcing comes to light as a solution to a system which needs to reduce costs, and to fit quickly to the market requirements. As the practice of neo-liberal system that has permeated the most diverse activities, outsourcing is now also used by the Government. In a recent decision, the Supreme Court changed the understanding of the docket 331 which regulates the outsourcing, lowering the guarantees of the outsourced worker that serves the public power. Later, the Superior Labor Court changed the wording of the docket 331, in the same direction. In this context, evaluating the limits of outsourcing work in public administration is therefore a necessary challenge to the Democratic State of Law in contemporary Brazil.

KEY-WORDS: Outsourcing. Government. Worsening. Neo-liberal system. Constitution.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	12
2. CAPÍTULO 1 – BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO E O SURGIMENTO DA TERCEIRIZAÇÃO NO MUNDO E NO BRASIL	14
I. A HISTÓRIA DAS RELAÇÕES DE TRABALHO E O INÍCIO DA TERCEIRIZAÇÃO NO MUNDO.....	14
II. A FORMAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL E DA TERCEIRIZAÇÃO.....	28
3. CAPÍTULO 2 – TERCEIRIZAÇÃO: A MERCANTILIZAÇÃO DO TRABALHO.....	41
I. INTRODUÇÃO.....	41
II. A ORIENTAÇÃO NEOLIBERAL, O MODELO TOYOTISTA DE PRODUÇÃO E O ESTADO DEMOCRÁTICO.....	42
III. ESPELHO: TERCEIRIZAÇÃO E NEOLIBERALISMO.....	51
IV. AS CONDIÇÕES DE TRABALHO DOS TERCEIRIZADOS: REFLEXOS DE PRECARIZAÇÃO.....	59
4. CAPÍTULO 3 – UMA ANÁLISE AMPLA DA TERCEIRIZAÇÃO E DE SUA REGULAMENTAÇÃO.....	70
I. ETIMOLOGIA E CONCEITO.....	70
II. SUJEITOS CONTRATANTES.....	74
III. TIPOS DE TERCEIRIZAÇÃO.....	74
IV. REGULAMENTAÇÃO LEGAL E JURISPRUDENCIAL DA TERCEIRIZAÇÃO	80
V. EVOLUÇÃO DA SÚMULA 331.....	83
VI. BREVE ANÁLISE DO GRAU DE RESPONSABILIDADE NAS TERCEIRIZAÇÕES LÍCITA E ILÍCITA.....	87
5. CAPÍTULO 4 – TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	91
I. TERCEIRIZAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	91

II.	MUDANÇA NA APLICAÇÃO DA SÚMULA 331 EM RELAÇÃO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	102
6.	CONCLUSÃO.....	132
7.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	134

1. INTRODUÇÃO

O estudo da terceirização como prática que vem se alastrando em todo o setor de prestação de serviços, tanto público como privado, ganha importância para o Direito Constitucional e para o Direito do Trabalho, uma vez que tal fenômeno flexibiliza acentuadamente direitos e garantias do trabalhador empregado.

Considerando que o Direito do Trabalho encontra alicerce no direito fundamental à dignidade da pessoa humana, mostra-se essencial a análise de como a prática trabalhista da terceirização de serviços vem se relacionando com as disposições estabelecidas na Constituição Federal de 1988 e quais são seus limites, na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

O mundo do trabalho vislumbra uma dominação do Estado pela força econômica, em um processo de enfraquecimento da democracia na medida em que o capital passa a ser um poder sem limites e por isso ilegítimo. Nesse contexto, presencia-se, inclusive, a transformação do trabalho em mercadoria.

Para o Direito, um dos pontos mais críticos relativo à prática da terceirização de serviços consiste na parca regulamentação existente. Como será analisado adiante, apenas a Súmula 256 do Tribunal Superior do Trabalho e, posteriormente, a Súmula 331 da mesma Corte Superior, regulamentam a prática terceirizante de serviços deixando grande margem para a construção jurisprudencial.

Uma prova dessa grande abertura para a criação jurisprudencial no âmbito da terceirização é a recente mudança de entendimento proferida pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da Súmula 331 do TST em consonância com a Constituição da República de 1988 e a Lei 8.666/93. Segundo o mais recente entendimento do STF, as garantias do trabalhador terceirizado que presta serviços à Administração Pública podem ser reduzidas caso esta tenha agido com as devidas cautelas ao contratar a empresa terceirizante.

O entendimento jurisprudencial cria margem e possibilidade para limitar garantias trabalhistas conquistadas ao longo de muitos anos, precarizando a situação já hipossuficiente do obreiro no contexto da relação de emprego. Esse mesmo tipo de compreensão orientou o próprio TST a alterar a redação da Súmula 331, dando-lhe conteúdo consoante com o novo entendimento do STF.

Tendo em vista a amplitude do tema e sua relevância para a defesa dos direitos trabalhistas, bem como sua parca regulamentação legal, a monografia busca analisar e propor críticas ao presente sistema, de modo a incentivar, *com base na Constituição de 1988 e no*

paradigma do Estado Democrático de Direito, a proteção do obreiro terceirizado que tem seus direitos trabalhistas flexibilizados.

Inicialmente, a presente monografia pretende fazer uma breve incursão histórica para que se possa vislumbrar a sucessão de modelos produtivos e ideologias de gestão do trabalho e de orientação do Estado, de modo a analisar o caminho percorrido até o surgimento do modelo de produção toyotista e a disseminação da ideologia neoliberal tanto no setor privado quanto no público.

Em seguida, a pesquisa é direcionada para uma análise da terceirização como forma de mercantilizar o trabalho, demonstrando como essa técnica de gestão de mão de obra foi utilizada pelo toyotismo para atender aos anseios da ideologia neoliberal, bem como será estudada as consequências da adoção dessa técnica para a precarização das condições de trabalho dos terceirizados.

Posteriormente, a monografia oferece um panorama da terceirização, definindo seu conceito, sujeitos contratantes, tipos, regulamentação legal e jurisprudencial, bem como aponta o grau de responsabilidade dos sujeitos envolvidos tanto na terceirização lícita como na ilícita.

Por fim, o presente estudo foca na prática da terceirização no âmbito da Administração Pública, como forma de gestão pelo Estado de seu quadro de funcionários, buscando maior eficiência, redução de custos e especialidade. Conclui-se a pesquisa com uma crítica ao mais novo entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da limitação da responsabilidade do Poder Público quando contratar serviços de forma terceirizada.

2. CAPÍTULO 1 – BREVE HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO E DO SURGIMENTO DA TERCEIRIZAÇÃO NO MUNDO E NO BRASIL

I. A HISTÓRIA DAS RELAÇÕES DE TRABALHO E O INÍCIO DA TERCEIRIZAÇÃO NO MUNDO

O trabalho livre, como elemento essencial da relação empregatícia que exige subordinação, amadurece no ocidente com a Idade Moderna, tendo seus primórdios no fim da Idade Média.¹ Nessa transição proporcionada pela Revolução Industrial, verifica-se um rompimento com as formas servis de trabalho e o trabalhador passa a ser visto como livre mesmo que juridicamente subordinado aos proprietários dos meios de produção.²

O trabalhador passou a se ver livre para contratar sua força de trabalho com base em um acordo de vontades que gerou a relação de emprego.³ A vontade individual passou a ser a base dos atos jurídicos, que, por isso, passaram a ter força de lei entre os que firmavam os acordos.⁴ Portanto, não há que se falar em Direito do Trabalho que regule relações baseadas na escravidão ou na servidão medieval.⁵

A Revolução Industrial acabou por gerar a classe operária.⁶ Juntamente com a nova classe que surgia, as relações de trabalho regidas pela autonomia passaram a ser calcadas numa ampla liberdade econômica.⁷ Essa permitiu a exploração de crianças e mulheres, a imposição de jornadas longas e salários irrisórios, em condições de higiene inadequadas e com grandes riscos de acidentes.⁸ Nesse período inicial, o Estado acabou por contribuir para a exploração e opressão da classe operária, por se omitir em relação às questões sociais e trabalhistas, reforçando a desigualdade material entre empregado e empregador, tornando cada vez mais distante da realidade a igualdade material entre as partes contratantes.⁹

¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr Editora, 7ª Edição, 2008, p. 85.

² *Idem, ibidem*.

² *Idem, ibidem*.

³ *Idem*, p. 105.

⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora LTr, 2ª Edição, 2006, p. 58.

⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. Cit., p. 84.

⁶ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. Cit. p. 59.

⁷ *Idem*, p. 59.

⁸ *Idem, ibidem*.

⁹ *Idem, ibidem*.

Em meio às transformações industriais e tecnológicas, desenvolveu-se o modelo de Estado denominado Liberal. Nesse *paradigma*¹⁰ de Estado, primou-se pela liberdade nas relações econômicas e contratuais e pela não intervenção estatal nas relações privadas, dentre elas a relação de emprego.¹¹ Diversas teorias foram desenvolvidas para sustentar o distanciamento do Estado em relação às atividades privadas. Assim, o Estado Liberal não criava normas que atribuíssem um mínimo de direitos aos hipossuficientes nas relações privadas, não estabelecia, em regra, medidas que proibissem a exploração desumana do trabalhador.¹²

Um dos expoentes do pensamento deste período é Benjamin Constant, que seguindo uma noção de mínima intervenção do Estado na vida, na ordem pública e na economia, defende que não cabe ao Estado “‘fixar riquezas’, nem ‘distribuí-las com equidade’, nem sequer de ‘prevenir o excesso de opulência’”.¹³ Assim, os próprios indivíduos, por meio de sua livre atuação, regularam as distorções, encontrando o “bem” através da concorrência, devendo ser proibida toda intervenção estatal.¹⁴ Nesse rumo, os liberais submeteram-se às “leis da natureza”.¹⁵ Para que essa empreitada fosse bem sucedida, não havia espaço para a passividade dos indivíduos, todos deveriam ser ativos e empenhados em seus objetivos.¹⁶

A economia passa, assim, a ser um amplo poder no contexto do Estado Liberal, servindo de substrato para o surgimento do modo de produção taylorista.¹⁷ De acordo com este modelo, o tempo de trabalho do obreiro deveria ser otimizado, considerando o tempo efetivo de atividade e as pausas necessárias para retomar o serviço, para que se alcançasse a

¹⁰ Nas palavras de Kuhn, “um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma”. Desse modo, o autor ensina que uma comunidade científica é formada por profissionais que tiveram formações semelhantes que demarcaram o seu objeto de trabalho, possuem objetivos comuns e atuam de forma similar chegando a resultados unânimes, “o paradigma governa, em primeiro lugar, não um objeto de estudo, mas um grupo de praticantes da ciência. O ponto crítico surge quando o modelo de solução de quebra-cabeças não mais responde aos problemas que surgem, então passa-se por um período de transição chamado de crise que é seguido por uma revolução. A crise funciona como um “mecanismo de autocorreção” do paradigma que não responde adequadamente aos novos problemas que surgem, busca-se então ajustar o paradigma às novas demandas. Sendo esta autocorreção ainda insuficiente, configura-se uma revolução que reformula o antigo paradigma, criando novas perspectivas de se visualizar o problema, muitas vezes até resgatando noções pretéritas que o antigo paradigma desconsiderava. In: KUHN, Thomas S. *A estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 9ª Edição, 2007. p. 220 a 260.

¹¹ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: Editora LTr, 1ª Edição, 2006. p. 39.

¹² *Idem*, p. 40 e 42.

¹³ CONSTANT, Benjamin. Apud. TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Tradução: Joana Angélica d’Ávila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 95.

¹⁴ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Op. Cit., p. 95.

¹⁵ *Idem*, *ibidem*.

¹⁶ *Idem*, p. 96.

¹⁷ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. Op. Cit., p. 154.

melhor produtividade.¹⁸ Para isso, o modelo taylorista estabeleceu uma divisão do trabalho, separando o planejamento da execução.¹⁹ Consequentemente, essa forma de gestão do trabalho contribuiu para um aumento excessivo de produção, que superou a demanda do mercado, servindo como uma das causas da crise econômica de 1929.²⁰

A partir da grande depressão, verificou-se que a não intervenção estatal na economia poderia gerar danos enormes, como a elevada taxa de desemprego, produtos sem mercado capaz de absorvê-los.²¹ Então, houve uma transição paradigmática para o Estado de Bem-Estar Social, que passou a normatizar as relações privadas, dentre elas a trabalhista, garantindo um mínimo de cidadania aos trabalhadores.²²

Sob esse novo paradigma, difundiu-se o modo de produção fordista, que, assimilando elementos do taylorismo, foi capaz de aperfeiçoá-lo.²³ O fordismo adaptou a divisão do trabalho taylorista acrescentando a esteira rolante que especializou ainda mais a atividade de cada trabalhador, e também o alienou em relação à noção de produto final de todo o serviço prestado.²⁴ Esse novo modelo ainda é caracterizado por uma produção verticalizada, que abrange em uma única empresa todas as etapas da atividade produtiva, tornando-a grande, com muitos funcionários e militante do *slogan* “*big is beautiful*”.²⁵ Nesse modelo, os empregos eram mais estáveis, o Estado garantia um mercado suficiente para absorver a produção e ainda criava dispositivos que protegiam os trabalhadores.²⁶

Nesse paradigma de Estado Social, os direitos de liberdade e igualdade, como direitos fundamentais, deveriam superar a significação meramente formal para atingirem uma compreensão também material. Nas palavras de Menelick de Carvalho Netto:

[liberdade e igualdade] Para serem plausíveis requerem, agora, a sua materialização em direitos que constitucional e legalmente protejam, como vimos, o lado mais fraco das várias relações e que viabilizem políticas públicas inclusivas (acesso à saúde, à educação, à cultura, a tentativa de controle estatal e jurídico da economia buscando evitar as crises cíclicas do capitalismo, etc.) O constitucionalismo clássico, ao desconhecer as diferenças materiais, as desigualdades efetivamente existentes entre os indivíduos, a título de buscar proteger-lhe a liberdade, afirmou uma compreensão

¹⁸ *Idem, ibidem.*

¹⁹ *Idem*, p. 155.

²⁰ *Idem, ibidem.*

²¹ *Idem*, p.156.

²² *Idem*, p. 157 e 158.

²³ *Idem*, p. 160 a 162.

²⁴ *Idem*, p. 160 a 162.

²⁵ *Idem*, p. 160 a 162.

²⁶ *Idem*, p. 157 e 158.

exclusivamente formal e intimamente associada à propriedade privada da igualdade e da liberdade, que possibilitou a maior exploração do homem pelo homem de que se tem notícia na história. Um acúmulo de capital sem precedentes nas mãos de pouquíssimos, bem como uma miséria igualmente nunca antes vista de forma tão difundida. As lutas sociais por igualdade e liberdade materiais, a partir de sobretudo, vivencial das pessoas do período que se defrontaram diretamente com o lado mais perverso dessas conquistas evolutivas. Como resultado dessas lutas, a massa de desvalidos é agora politicamente incluída, alcançando a conquista do sufrágio universal. O desafio que se colocava ao Estado social em termos de direitos fundamentais era, sem dúvida alguma, imenso, transformar aquela massa de desvalidos, antes vista como sociedade civil, em cidadãos.²⁷

Assim, verifica-se a tarefa hercúlea proposta pelo novo paradigma estatal. Com o desenvolvimento do Estado Social, surge também a necessidade de regular as relações de trabalho de modo a reduzir a exploração do homem pelo homem de modo perverso. Nessa busca pela igualdade e a liberdade, o Estado procura, através de normas, atender aos movimentos de luta social, inclusive dos trabalhadores, garantindo sua inclusão material no rol dos direitos constitucionais.

Entretanto, o Estado Social entrou em crise, uma vez que foi, nas palavras de Menelick de Carvalho Netto, “capaz de produzir, no máximo, clientela e nunca cidadãos como prometera” e não se mostrava suficiente para receber o novo conceito de ciência e os novos desafios postos aos direitos fundamentais, como os direitos difusos.²⁸ “A própria garantia política de participação na *polis* também é uma exclusão de muitos da própria *polis*, podendo atingir graus racionalmente insustentáveis como o nazismo, o fascismo e o comunismo, como estados burocráticos de massas demonstraram.”²⁹ No mundo econômico, a inclusão da liberdade do capital muitas vezes simboliza a exclusão da liberdade dos trabalhadores e até um distanciamento das formas de igualdade entre os cidadãos pela implantação da lei do mais forte economicamente.

Assim, na seara econômica, também houve um processo de esgotamento do sistema de gestão do trabalho. O modelo fordista entrou em decadência ao fim da década de 1970 e na década de 1980 na Europa Ocidental, e na década de 1990 no Brasil, em decorrência das crises do petróleo.³⁰ O Estado perdeu sua força assistencialista e não conseguiu continuar

²⁷ NETTO, Menelick de Carvalho. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: *Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais*. Coordenador: José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003. p. 149.

²⁸ *Idem*, p. 150.

²⁹ *Idem*, p. 150 e 151.

³⁰ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. Op. Cit., p.163 e 164.

intervindo de forma tão ativa na economia.³¹ Houve novamente uma transição paradigmática, e dessa vez para a ideologia neoliberal.³² A proposta neoliberal era a de reduzir a intervenção do Estado nas relações de trabalho. O Direito do Trabalho, que havia adquirido status constitucional no Estado de Bem-Estar Social, passou a ser flexibilizado e desregulamentado para atender às novas demandas do mercado.³³ A demanda por liberdade para os detentores do capital passou a ser um dever a ser atendido pelo Estado de forma a reduzir a importância de políticas de igualdade.

O historiador Vito Giannotti defende que “o século XX deveria ser o século do Quarto Estado, ou seja, o século do proletariado e não foi”, pois inicialmente se inclinou para isso, mas depois mudou os rumos para o neoliberalismo como opção político-econômica.³⁴ O destaque dado ao neoliberalismo teve como uma de suas fontes a queda dos países ditos comunistas do Leste Europeu, mesmo que estes tenham implantado “um modelo socialista cheio de contradições”.³⁵ A grande questão é que, apesar desses Estados terem uma estrutura voltada para o bem-estar da classe trabalhadora, seu governo era dominado por uma burocracia autoritária e cada vez mais distante dos trabalhadores.³⁶

No século XX, na Europa, surgiu o socialismo nas vertentes de comunismo e socialdemocracia, sendo que esta última, nos anos 1980, passou a adotar o capitalismo em sua versão neoliberal, e muitos partidos socialistas europeus assumiram o social-liberalismo, uma ramificação do neoliberalismo.³⁷ “Uma vez no poder, esqueceram-se de décadas e décadas de discursos anticapitalistas e aderiram à lógica do ‘mercado’, o novo ‘deus’ da política mundial”.³⁸

Como exemplos liberais do século XX, podem ser citados Thatcher, Reagan e Pinochet, e posteriormente Estados ocidentais que salvaram bancos privados em meio à crise de 2008-9 aplicaram um neoliberalismo de Estado no qual “benefícios permanecem individuais, os riscos são socializados”.³⁹ Outro exemplo das investidas do ultraliberalismo⁴⁰ foram as restrições às liberdades civis após o 11 de setembro, deixando agentes econômicos

³¹ *Idem*, p. 165.

³² *Idem*, p. 164.

³³ *Idem*, p. 164.

³⁴ GIANNOTTI, Vito. *História das lutas dos trabalhadores no Brasil*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2007. 3. Ed. Revista e ampliada, 2009, p. 273.

³⁵ *Idem, ibidem*.

³⁶ *Idem*, p. 274.

³⁷ *Idem, ibidem*.

³⁸ *Idem*, p. 275.

³⁹ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Op. Cit., p. 102.

⁴⁰ Tzvetan Todorov utiliza-se da expressão “ultraliberlismo” como sinônimo do neoliberalismo.

livres.⁴¹ Assim, o neoliberalismo coloca a economia no centro da existência do ser humano, como atividade intocável.⁴²

O Estado passou a privilegiar as grandes empresas em detrimento das pequenas e médias, bem como retirou-se do setor de prestação de serviços como saúde e educação.⁴³

Márcio Túlio Viana vê a crise mais como uma mudança nas estratégias de domínio do que como real alteração na essência do sistema.⁴⁴ Este sistema conhecido como capitalismo e marcado pela ânsia de acúmulo e dominação dos vizinhos passou a sofrer com o excesso de produção e com os lucros que não podiam ser reinvestidos.⁴⁵ Essa crise foi em grande medida agravada pela retração do consumo provocada pelas crises do petróleo ocorridas nos anos de 1972 e 1973.⁴⁶ Com a redução das taxas de consumo, o Estado reduziu sua receita, o sindicato se viu paralisado, a lei já não progredia.⁴⁷ A solução para a crise foi vislumbrada na globalização, como o meio propício para ultrapassar as fronteiras nacionais e agir nos mercados estrangeiros, principalmente nos países periféricos.⁴⁸ O fenômeno da globalização alastrou-se para todos os setores da economia, desde a produção até o mercado financeiro.⁴⁹

Para dar suporte ao ambiente político neoliberal e à globalização, foram criados o FMI, Banco Mundial e Organização Mundial do Comércio (OMC).⁵⁰ O mundo foi inundado pelas empresas multinacionais que passaram a implementar “ajustes estruturais” por toda a parte.⁵¹ O historiador Vito Giannotti faz uma análise dessas transformações protagonizadas pelo capital internacional:

As palavras e expressões mágicas dessas décadas foram muitas. Podemos destacar, entre elas, “reformas”, “modernização”, “ajustes estruturais”, “enxugamento dos gastos públicos”, “diminuição da intervenção estatal”, “Estado Mínimo”. Muitas expressões novas surgiram: “privatização das empresas estatais”, “redução da máquina estatal”, “diminuição dos gastos públicos”. Essas fórmulas dos laboratórios políticos do neoliberalismo rapidamente levarão ao “sucateamento do Estado”, com a destruição dos serviços públicos no campo da saúde, educação e em toda a rede de proteção

⁴¹ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Op. Cit., p. 102.

⁴² *Idem, ibidem*.

⁴³ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. Cit. p. 80.

⁴⁴ VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado – O direito do trabalho no limiar do século XXI. *Revista LTr*. 63-07/885, Vol. 63, nº 07, Julho de 1999.

⁴⁵ *Idem, ibidem*.

⁴⁶ *Idem, ibidem*.

⁴⁷ *Idem, ibidem*.

⁴⁸ *Idem, ibidem*.

⁴⁹ *Idem, ibidem*.

⁵⁰ GIANNOTTI, Vito. *História das lutas dos trabalhadores no Brasil*. Op. Cit., p. 275.

⁵¹ *Idem*, p. 276.

à população mais pobre. Essa mesma lógica, aplicada às indústrias e serviços e a todo o setor produtivo, gerou vários efeitos complementares, como o desemprego em massa de milhões de **trabalhadores. O objetivo de reduzir os custos de produção, além do desemprego generalizado, em todos os países, trouxe outras consequências imediatas. Uma, diretamente associada ao desemprego, foi o rebaixamento salarial e a perda de direitos históricos.** A classe trabalhadora, que durante duzentos anos tinha lutado contra o capital para conquistar um mínimo de direitos, verá suas conquistas destruídas. A força vencedora será a onda neoliberal iniciada, no mundo, no final dos anos 1970. **A ideia de direitos adquiridos será substituída pela chamada “flexibilização”. Ao invés da lei, a “livre” negociação.** A fórmula mágica que resumirá essa visão neoliberal, nos campos das relações entre capital e trabalho, será: “O negociado vale mais que o legislado”. A palavra-síntese do projeto neoliberal era “Mercado”. (...) O “Mercado” passa a regular tudo, sem a intervenção do Estado. Ao Estado cabe a função de facilitar a contínua expansão do capital e de administrar as novas massas de miseráveis, criadas por essa nova política, mantendo-as mansas e desorganizadas. E isso será garantido graças à força policial, ou à de exércitos invasores. Além dessas forças repressivas, novas leis são impostas, para a tranquilidade que o “deus Mercado” necessita. E como cimento dessa nova filosofia política, o sistema usará e aperfeiçoará infinitamente seu enorme aparato de propaganda: a mídia. Esta se fundirá cada vez mais com o Estado para controlar as consciências.

(...)

Em todos os países capitalistas avançados, políticas idênticas foram aplicadas, como privatização de empresas públicas, **terceirização**, precarização da mão-de-obra e desregulamentação das relações entre capital e trabalho.⁵² (Grifos acrescidos)

Como efeitos do neoliberalismo, houve o crescimento da taxa de lucro das empresas multinacionais, na medida em que aumentaram vertiginosamente a pobreza das massas, principalmente por conta de planos de redução de benefício sociais e do elevado nível de desemprego.⁵³

Os países do Terceiro Mundo sofreram ainda mais com a investida neoliberal e o aumento da miséria crônica.⁵⁴ A partir da década de 1990, a América Latina passou a ter, como resultado da superexploração de seus trabalhadores, juntamente com o crescimento da dívida pública, um rebaixamento do nível de vida de sua população marcado pelo empobrecimento e a barbárie.⁵⁵

O México foi usado como grande vitrine para a América Latina do sucesso do modelo neoliberal no início da década de 1990, mas em 1995 o nível de desemprego já chegava a 43%; a partir de então, a crise mexicana passou a ser conhecida como “efeito tequila”, por ter

⁵² *Idem*, p. 276 e 277.

⁵³ *Idem*, p. 277.

⁵⁴ *Idem*, p. 278.

⁵⁵ *Idem*, *ibidem*.

gerado “a euforia momentânea de uns e a profunda ressaca de bilhões de miseráveis pelo mundo afora”.⁵⁶ O país faliu por endividar-se com o objetivo de implementar o projeto neoliberal e acabou perdendo sua soberania e seu petróleo para arcar com as dívidas com o FMI e os bancos americanos.⁵⁷

Nesse contexto de transformações, o mundo ocidental vislumbrou no modelo toyotista desenvolvido no Japão a solução para vencer a crise do capitalismo, em um processo de derrota da proposta do mundo do trabalho.⁵⁸ O toyotismo ainda apresenta resquícios dos modelos fordista e taylorista, com traços de “acumulação flexível”, que marcou o crescimento japonês após a II Guerra Mundial.⁵⁹

No modelo toyotista, o trabalhador passa a atuar com mais máquinas e deixa o exercício individual para trabalhar em células ou times, orientado por um discurso de envolvimento com a fábrica como se esta fosse sua família, sua vida, devendo pensar o modelo de produção em favor do capital em uma “aparente autonomia”.⁶⁰

Aos poucos a economia que produzia em larga escala milhares de produtos idênticos, num sistema vertical que controlava toda a produção, deu espaço para um sistema horizontal, com empresas mais enxutas, que não produzem em excesso, mas somente aquilo que sabem que o mercado irá absorver.⁶¹ Esse modelo de empresa acaba por repassar a outras empresas chamadas “parceiras”⁶² tudo aquilo que não lhe é essencial.⁶³ Estas parceiras passam a lhe prestar serviços e são contratadas após um prévio regime de concorrência.⁶⁴ Já as empresas contratantes “se unem em fusões, incorporações e oligopólios de todo tipo.”, buscando convencer o consumidor de seus produtos da necessidade de optar por estes e não por outros.⁶⁵ Como forma de diminuir custos com mão de obra dessas grandes empresas, o

⁵⁶ *Idem*, p. 278 e 279.

⁵⁷ *Idem*, p. 293.

⁵⁸ ANTUNES, Ricardo. A Questão do Emprego no Contexto da Reestruturação do Trabalho no Final do Século XX. In: HORTA, Carlos Roberto. CARVALHO, Ricardo Augusto Alves de. (organizadores) *Globalização, Trabalho e Desemprego – um enfoque internacional*. Belo Horizonte: C/Arte, 2001, p. 39.

⁵⁹ *Idem*, p. 40.

⁶⁰ *Idem*, p. 41.

⁶¹ VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado – O direito do trabalho no limiar do século XXI. *Op. Cit.*

⁶² Rodrigues Pinto é um dos defensores do termo “parceria” para caracterizar a relação entre empresa tomadora e empresa prestadora nos casos de terceirização. PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr Editorial, 3a Ed., 1997, p. 144 e 145.

⁶³ VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado – O direito do trabalho no limiar do século XXI. *Op. Cit.*

⁶⁴ *Idem, ibidem.*

⁶⁵ *Idem, ibidem.*

processo de horizontalização toyotista amplia “monumentalmente as formas de trabalho precarizado”.⁶⁶

Todo esse contexto de mudanças, que favoreceu as grandes empresas, acabou impulsionando-as a reivindicar um modelo justabalhista mais favorável a si próprias.⁶⁷ Dentre essas reivindicações, encontra-se a flexibilização normativa das relações trabalhistas.⁶⁸

A própria flexibilização adquiriu duas faces. A primeira seria uma flexibilização interna, relacionada à organização do trabalho dentro da empresa, como as condições de trabalho, as possibilidades de mobilidade dos funcionários, a jornada de trabalho, as cláusulas do contrato, etc.⁶⁹ A outra seria a flexibilização externa, referente ao ingresso do empregado na empresa, como as formas de contratação, por exemplo.⁷⁰

Para implementar essa reforma e o modelo de empresa enxuta foram desenvolvidas novas formas de trabalho precarizado, que conferem maior liberdade à empresa para explorar e reduzir direitos dos trabalhadores.⁷¹

Entre as formas de precarizar o trabalho está a prática da terceirização e da subcontratação.⁷² O crescimento da terceirização é notável pela expansão do “setor de serviços”, o qual absorve a mão-de-obra despedida do setor industrial.⁷³ “Agora, ao contrário [de antes], um grande número de trabalhadores tem um contrato de curta duração ou de meio expediente; os novos trabalhadores podem ser alugados por algumas poucas horas ao dia, por cinco dias da semana ou por poucas horas em dois ou três dias da semana”.⁷⁴

Este modelo visa a redução de custos e, por isso, horizontaliza a produção.⁷⁵ O *slogan* agora é “*small is beautiful*”. O trabalhador torna-se descartável, perdendo, assim, sua dignidade humana garantida constitucionalmente, ao sofrer exclusão e restrições aos seus direitos trabalhistas.⁷⁶

⁶⁶ ANTUNES, Ricardo. A Questão do Emprego no Contexto da Reestruturação do Trabalho no Final do Século XX. Op. Cit., p. 42 e 43.

⁶⁷ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. Cit. p. 81

⁶⁸ *Idem, ibidem*.

⁶⁹ *Idem, ibidem*.

⁷⁰ *Idem, ibidem*.

⁷¹ ANTUNES, Ricardo. Século XXI: Nova era da precarização estrutural do trabalho? In: ANTUNES, Ricardo. BRAGA, Ruy. (Org.) *Infoproletários – degradação real do trabalho virtual*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2009, p. 233 e 234.

⁷² *Idem*, p. 235.

⁷³ *Idem*, p. 236.

⁷⁴ *Idem*, p. 235.

⁷⁵ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. Op. Cit., pp. 179 e 180.

⁷⁶ *Idem, ibidem*.

Como forma de evitar a reação da classe trabalhadora ao novo modelo de superexploração, a Terceira Revolução Industrial veio acompanhada de uma nova forma de gestão baseada na participação dos trabalhadores e uma competitividade entre eles.⁷⁷ Esse novo modelo quebra com o antigo paradigma fordista e taylorista:

Novas formas de gerenciamento são aplicadas aos trabalhadores. Não existe mais o modelo da linha de montagem, pelo qual, segundo Ford e Taylor, o operário não precisaria ser nada mais que um macaco amestrado. Agora, o novo fetiche para vencer a guerra da concorrência capitalista passa a ser a “Qualidade Total”, e os trabalhadores são envolvidos neste projeto empresarial através dos Círculos de Controle de Qualidade (CCQ), que tiveram larga difusão a partir do Japão.

(...)

Todos são doutrinados, condicionados e assediados para colaborar na empreitada de defender a “sua empresa”. Do gerente ao faxineiro, todos irmãos. Sem essa história de classes sociais e luta de classes. É o tal “fim da História”.

Nas empresas, esses conceitos passam a ser aplicados através da “gestão participativa”, que nada mais é do que a adesão dos trabalhadores ao novo plano de exploração e opressão.⁷⁸ (Grifos acrescidos)

O neoliberalismo coloca como ordem que rege o mercado a competição e para que as empresas sejam competitivas, elas precisam reduzir gastos enxugando a empresa-mãe por meio da terceirização dos serviços não essenciais.⁷⁹ Além da redução do número de empregados diretos, as empresas passaram a atribuir multifunções a um mesmo trabalhador, gerando mais pressão sobre este e um incremento nos índices de desemprego.⁸⁰

Nesse sentido, Pierre Bourdieu afirma que, em meio à competição e à total ausência de solidariedade, o sistema econômico vigente acaba por recompensar e a favorecer aqueles que se comportam de maneira submissa ao empregador e competitiva em relação aos demais obreiros.⁸¹

Outra vertente de atuação da lógica neoliberal é o combate aos sindicatos seja por meio de sua cooptação (e neutralização), seja por sua destruição, minando, assim, as reivindicações dos trabalhadores.⁸²

Em relação à soberania estatal e nacional, nos países atingidos pelo neoliberalismo, o poder não pertence mais ao povo, os Estados não são capazes de deter o capital em suas

⁷⁷ GIANNOTTI, Vito. *História das lutas dos trabalhadores no Brasil*. Op. Cit., p. 280.

⁷⁸ *Idem*, p. 281.

⁷⁹ *Idem*, p. 282.

⁸⁰ *Idem, ibidem*.

⁸¹ BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1998, pp. 191 e 192.

⁸² GIANNOTTI, Vito. *História das lutas dos trabalhadores no Brasil*. Op. Cit., p. 283.

fronteiras.⁸³ O mercado tem um poder irrestrito e sem qualquer legitimidade política democrática, permitindo que uma pessoa ou grupo pequeno de indivíduos determine a transferência de elevado volume de capital de uma localidade a outra o que pode ocasionar recessão e desemprego em outra região.⁸⁴ “O lema universal é: fora do mercado não há salvação”; eis que a livre concorrência não pode ser ameaçada pelo Estado.⁸⁵

Segundo a nova vulgata, o Estado só deve intervir para favorecer o livre funcionamento da concorrência, lubrificar as engrenagens de um relógio natural (o mercado), aplanar os conflitos sociais e manter a ordem pública: o papel dele seria não o de limitar, mas o de facilitar o poder econômico.

Assim como os outros homens, os dirigentes políticos dos países democráticos não são insensíveis à atração do dinheiro; mas hoje, tranquilizados pela ideologia ultraliberal, colocam-se ainda mais prazerosos a serviço das forças monetárias, como comprovam diversas peripécias bem conhecidas.

(...)

(...) o ultraliberalismo coloca a soberania das forças econômicas, encarnadas na vontade dos indivíduos, acima da soberania política, seja qual for a sua natureza. Ao fazer isso, infringe – paradoxalmente – o princípio fundador do pensamento liberal, que é a limitação de um poder pelo outro. O liberalismo clássico se baseia na heterogeneidade do corpo social: como o interesse comum nem sempre coincide com os interesses particulares, ele quer limitar a ação da vontade geral pela defesa das liberdades individuais, e reciprocamente. Seu novo avatar quer impedir que a vontade geral limite a ação dos indivíduos e, não reconhecendo a existência de um interesse comum, reduz a sociedade à soma das pessoas que a compõem. **Os próprios fundamentos da democracia se veem abalados por isso.**⁸⁶ (Grifos acrescentados)

Dessa forma, o mercado funciona como um regime totalitarista que impõe uma irrestrita liberdade aos agentes econômicos, como as grandes empresas, mas aprisiona os indivíduos que não são donos do grande capital e encontram-se sem meios para tratar de sua saúde ou mesmo pagar empréstimos.⁸⁷ Em nome de um enriquecimento da coletividade, o ultraliberalismo não admite a regulação do mercado pelos poderes públicos, sendo que a lógica da busca do capital como fim último só pode ser limitada por uma instância externa à economia.⁸⁸ O Estado que deveria regular a economia e seus agentes de forma a fomentar uma igualdade efetiva entre seus cidadãos e habitantes passa a ser instrumento do grande

⁸³ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Op. Cit., p. 104.

⁸⁴ *Idem, ibidem*.

⁸⁵ *Idem, ibidem*.

⁸⁶ *Idem*, p. 104 e 105.

⁸⁷ *Idem*, p. 106.

⁸⁸ *Idem*, p. 108.

capital. Ou seja, o Estado perde sua função de agente no mercado e passa a ser objeto do Mercado.

A precariedade instaurada nas relações de trabalho suscita um temor, que é estrategicamente explorado, inclusive sob a forma da “flexibilidade”, esta movida por inspirações políticas e econômicas.⁸⁹ A respeito desse pensamento, o filósofo francês Pierre Bourdieu faz a seguinte análise:

Começa-se assim a suspeitar de que a precariedade é o produto de uma *vontade política*, e não de uma *fatalidade econômica*, identificada com a famosa “mundialização”. A empresa flexível explora, de certa forma deliberadamente, uma situação de insegurança que ela contribui para reforçar: ela procura baixar os custos, mas também tornar possível essa baixa, pondo o trabalhador em risco permanente de perder o seu trabalho. Todo o universo da produção, material e cultural, pública e privada, é assim arrebatado, num vasto processo de precarização, inclusive com a *desterritorialização da empresa*: ligada até então a um Estado-nação ou a um lugar (...). (Grifos constam do original)⁹⁰

O Estado, assim, perde seu papel soberano em prol da liberdade do poder econômico e da angústia e incerteza da vida dos trabalhadores. A busca dos Estados pela inclusão dos grandes agentes econômicos nacionais no Mercado acaba por excluir os direitos conquistados pelos trabalhadores, uma exclusão que mina a igualdade.

O ultraliberalismo impõe, na sua luta pelo poder e pelo lucro, um “darwinismo social” da sobrevivência do mais apto, sustentado por um discurso cientificista que coloca como verdade científica uma opção adotada pela vontade, tornando-se um regime “sociocida” fortemente totalitário.⁹¹

Tzvetan Todorov afirma que o neoliberalismo invoca de forma abstrata o valor da liberdade, mas não admite que a liberdade econômica seja limitada, esquecendo, assim, a regra de Montesquieu de que um poder sem limites é ilegítimo.⁹²

Zygmunt Bauman explica que este tipo de postura transforma o trabalho no oposto do que este se propõe à medida em que “a idéia de ‘flexibilidade’ esconde sua natureza de relação social, o fato de que demanda a redistribuição de poder e implica uma intenção de expropriar o poder de resistência daqueles cuja ‘rigidez’ está a ponto de ser superada”.⁹³

⁸⁹ BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Op. Cit., p. 123.

⁹⁰ *Idem, ibidem*.

⁹¹ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Op. Cit., p. 109.

⁹² *Idem*, p. 109 e 110.

⁹³ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As consequências humanas*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998. p. 112.

Sobre o trabalho flexível, Zygmunt Bauman tece a seguinte análise:

A “flexibilidade” só pretende ser um “princípio universal” de sanidade econômica, um princípio que se aplica igualmente à oferta e à procura do mercado de trabalho. **A igualdade do termo esconde seu conteúdo marcadamente diverso para cada um dos lados do mercado.**

Flexibilidade do lado da procura significa liberdade de ir aonde os pastos são verdes, deixando o lixo espalhado em volta do último acampamento para os moradores locais limparem; acima de tudo, significa **liberdade de desprezar todas as considerações que “não fazem sentido economicamente**. O que, no entanto, parece flexibilidade do lado da procura vem a ser para todos aqueles jogados no lado da oferta um destino duro, cruel, inexpugnável: os empregos surgem e somem assim que aparecem, são fragmentados e eliminados sem aviso prévio, como as mudanças nas regras do jogo de contratação e demissão – e pouco podem fazer os empregados ou os que buscam emprego para parar essa gangorra. E, assim, para satisfazer os padrões de flexibilidade estabelecidos para eles por aqueles que fazem e desfazem as regras – serem “flexíveis” aos olhos dos investidores –, as agruras dos “fornecedores de mão-de-obra” devem ser tão duras e inflexíveis quanto possível – com efeito, o contrário mesmo de “flexíveis”: sua liberdade de escolha, de aceitar ou recusar, quanto mais de impor as suas regras do jogo, deve ser cortada até o osso.⁹⁴

Assim, a precarização das condições de trabalho é uma moeda com duas faces: uma face flexível para o empregador e uma face totalmente inflexível para o empregado. Essa precarização e relativização de direitos do obreiro inserem-se no paradigma neoliberal, o qual está interessado no individual que tem poder econômico em detrimento do coletivo obreiro.

Como reflexo dessa “liberdade flexível”, são implementadas novas formas de gestão do trabalho:

Assim se instaura o reino absoluto da flexibilidade, com os recrutamentos por intermédio de contratos de duração determinada ou as interinidades e os “planos sociais” de treinamento, e a instauração, no próprio seio da empresa da concorrência entre filiais autônomas, entre equipes, obrigadas à polivalência, e, enfim, entre indivíduos, através da individualização da relação salarial: fixação de objetivos individuais; prática de entrevistas individuais de avaliação; altas individualizadas dos salários ou atribuição de promoções em função da competência e do mérito individuais; carreiras individualizadas; estratégias de “responsabilização” tendendo a garantir a auto-exploração de certos quadros que, sendo simples assalariados sob forte dependência hierárquica, são ao mesmo tempo considerados responsáveis por suas vendas, seus produtos, sua sucursal, sua loja, etc. (...) eis algumas técnicas de submissão racional que, ao exigir o sobreinvestimento no trabalho, e não apenas nos postos de responsabilidade, e o trabalho de

⁹⁴ *Idem*, p. 112 e 113.

urgência, concorrem para enfraquecer ou abolir as referências e as solidariedades coletivas.⁹⁵

.....
(...) encontram as molas de adesão na insegurança em relação à tarefa e à empresa, no sofrimento e no estresse, não poderia certamente ter sucesso completo, caso não contasse com a cumplicidade de trabalhadores a braços com condições precárias de vida produzidas pela insegurança bem como pela existência – em todos os níveis da hierarquia, e até nos mais elevados, sobretudo entre os executivos – de um *exército de reserva de mão-de-obra docilizada pela precarização* e pela ameaça permanente do desemprego.⁹⁶

Esse retrato feito por Pierre Bourdieu demonstra a face da liberdade que não se mostra no discurso dos defensores do neoliberalismo. Esses esquecem-se de ressaltar que esta liberdade é garantida efetivamente apenas aos empregadores. Ao obreiro só cabe uma inflexibilidade de escolha em relação às condições de trabalho às quais terá que se submeter.

Assim, como na célebre frase do padre dominicano Henri-Dominique Lacordaire, passa-se a escravizar o fraco, o pobre e o servo para que o forte, o rico e o patrão exerçam sua plena liberdade.⁹⁷ O neoliberalismo iguala a felicidade do ser humano ao sucesso da economia, esquecendo-se das outras esferas que compõem a vida social.⁹⁸ Ignora-se que o sucesso econômico de alguns é alcançado graças ao empobrecimento de muitos e ao desemprego de tantos outros.

Pierre Bourdieu propõe, para esse modo de dominação, uma expressão a qual denomina de “flexploração”.⁹⁹ A respeito desse neologismo, o filósofo esclarece:

Essa palavra [flexploração] evoca bem essa gestão racional da insegurança, que, instaurando, sobretudo através da manipulação orquestrada do espaço da produção, a concorrência entre os trabalhadores dos países com conquistas sociais mais importantes, com resistências sindicais mais bem organizadas – características ligadas a um território e a uma história nacionais – e os trabalhadores dos países menos avançados socialmente, acaba por quebrar as resistências e obtém a obediência e a submissão, por mecanismos aparentemente naturais, que são por si mesmos sua própria justificação. Essas disposições submetidas produzidas pela precariedade são a condição de uma exploração cada vez mais “bem sucedida”, fundada na divisão entre aqueles que, cada vez menos numerosos, trabalham, mas trabalham cada vez mais. Parece-me, portanto, que o que é apresentado como um regime econômico regido pelas leis inflexíveis de uma espécie de natureza social é, na realidade, um *regime político* que só pode se instaurar

⁹⁵ BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Op. Cit., p. 139.

⁹⁶ *Idem*, p. 140.

⁹⁷ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Op. Cit., p. 111.

⁹⁸ *Idem, ibidem*.

⁹⁹ BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Op. Cit., pp. 123 e 124.

com a cumplicidade ativa ou passiva dos poderes propriamente políticos.¹⁰⁰
(Grifos constam do original)

Como resposta a esse processo de dominação instaurado e que tem na precariedade sua expressão mais clara de “flexploração”, Pierre Bourdieu propõe uma luta política por parte de todos os que são vítimas da exploração em uma mobilização “em escala internacional” contra os efeitos dessa política dominante.¹⁰¹ Buscando, assim, combater a concorrência e a competição entre os obreiros do mundo todo, os trabalhadores devem colocar ao sistema econômico “suas próprias condições de produção e de reprodução”, uma vez que parte dos economistas atribuem “tacitamente a responsabilidade da produção e da reprodução de todas as condições econômicas e sociais ocultas do funcionamento da economia” aos próprios indivíduos ou mesmo ao Estado (“cuja destruição eles pregam”).¹⁰² Entretanto, o que o neoliberalismo almeja não é realmente a extinção da entidade estatal, mas a eliminação de qualquer vestígio de política de Estado que não sirva aos seus interesses. Assim, o Estado deve atender às necessidades do Mercado, sem regulá-lo ao ponto de restringir a liberdade dos grandes detentores de capital.

II. A FORMAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL E DA TERCEIRIZAÇÃO

No Brasil, a institucionalização do Direito do Trabalho inicia-se em 1930, estendendo-se até 1945.¹⁰³ Essa etapa é marcada pela atuação forte do Estado nas áreas administrativa e legislativa, tentando lidar com a crise do segmento agroexportador de café.¹⁰⁴ Nessa fase, o Estado tornou-se intervencionista na área social, mas uma intervenção que cerceava as manifestações coletivas dos trabalhadores, buscando controlar as formas de organização sindical.¹⁰⁵ Em 1932, foram criadas as Comissões Mistas de Conciliação e Julgamento, como instrumento para a solução judicial de conflitos trabalhistas.¹⁰⁶

¹⁰⁰ *Idem*, pp. 124 e 125.

¹⁰¹ *Idem*, pp. 125 a 127.

¹⁰² *Idem*, *ibidem*.

¹⁰³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. Cit. p. 109.

¹⁰⁴ *Idem*, *ibidem*.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 110.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 111.

Com o advento da República, a Constituição de 1934 passou a regular a ordem econômica e social, reconhecendo na forma da lei os sindicatos e associações.¹⁰⁷ Estabeleceu, ainda, as condições de trabalho tanto na cidade como no campo visando a proteger o trabalhador e a ordem econômica nacional. Entre outras garantias, a Constituição de 1934 positivou o salário mínimo, férias remuneradas, jornada de 8 horas diárias, licença maternidade, pluralidade sindical, não discriminação salarial por motivo de sexo, cor, religião, etc.¹⁰⁸

Essa Constituição permitiu a liberdade sindical com a possibilidade da pluralidade sindical.¹⁰⁹ Entretanto, com a instauração do Estado de Sítio em 1935, os sindicatos voltaram a ser controlados pelo Estado, e instaurou-se o sindicalismo único reconhecido como oficial.¹¹⁰

Na sequência, a Constituição de 1937 conferiu *status* de dever social ao trabalho, garantindo-lhe proteção estatal.¹¹¹ Esse texto constitucional ainda incluiu como repouso os dias santos e feriados civis, entretanto, sem remuneração.¹¹² Considerou ainda todos iguais perante a lei, no entanto, em 1940 foi editada uma lei discriminando salário entre homens e mulheres.¹¹³ Em relação a outros aspectos negativos, essa Constituição considerou a greve e o *lock-out* métodos inconciliáveis com os interesses da economia nacional e antissociais, além de impor a contribuição sindical obrigatória e a unicidade sindical.¹¹⁴ Um marco importante deste período encontra-se em 1939, quando a Justiça do Trabalho foi efetivamente regulamentada por meio do Decreto-lei nº 1.237/39.¹¹⁵

Nas décadas de 1930 e 1940, o Brasil viveu baseado no parâmetro estatal-subordinado de gestão trabalhista.¹¹⁶ O financiamento sindical obrigatório e a representação corporativa na estrutura estatal foram dois dos mecanismos criados por esse modelo para autoritariamente retirar da classe trabalhadora o domínio sobre suas organizações coletivas, impedindo a responsabilização dos detentores do poder.¹¹⁷

¹⁰⁷ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. Cit. p. 66.

¹⁰⁸ *Idem, ibidem*.

¹⁰⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. Cit. pp. 110 e 111.

¹¹⁰ *Idem, ibidem*.

¹¹¹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. Cit. p. 69.

¹¹² *Idem, ibidem*.

¹¹³ *Idem, ibidem*.

¹¹⁴ *Idem, ibidem*.

¹¹⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. Cit. p. 111.

¹¹⁶ *Idem*, pp. 119 e 120.

¹¹⁷ *Idem*, pp. 119 e 120.

A Constituição de 1946 resgatou os parâmetros democráticos da Constituição de 1934, buscando conciliar a livre iniciativa com a valorização do trabalho humano como meio de se obter dignidade.¹¹⁸ Ao proibir a diferenciação salarial, revogou o Decreto-Lei nº 2.548 de 1940 que permitia o pagamento de salários inferiores às mulheres.¹¹⁹ Conferiu estabilidade ao empregado rural, proibiu o emprego noturno aos menores, tornou obrigatório o seguro contra acidente de trabalho e reconheceu o direito de greve.¹²⁰

Maurício Godinho Delgado observa que, na transição de fases de 1888 a 1945 no Brasil, não houve uma produção legislativa de normas trabalhistas gerada pelo amadurecimento de lutas políticas por parte dos trabalhadores, mas o Estado proveu a institucionalização desse ramo jurídico de forma heterônoma.¹²¹

Mesmo com a redemocratização instaurada no período de 1945 a 1964, a sociedade e os sindicatos permaneceram conformados com as disposições instauradas sob influência fascista.¹²² Registre-se que o advento da ditadura militar, em 1964, também não provocou grandes alterações neste quadro.¹²³

Como inovações, a Constituição de 1967 e a Emenda nº 1 de 1969 trouxeram a co-gestão e o regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, como alternativa à indenização.¹²⁴ A Constituição reduziu a idade mínima para o trabalho para 12 anos, garantiu a aposentadoria integral à mulher aos 30 anos de serviço, bem como o salário-família aos dependentes do trabalhador.¹²⁵ Como pontos negativos, proibiu a greve nos serviços públicos e nas atividades essenciais determinadas por lei.¹²⁶

A grande mudança ocorrida no modelo trabalhista brasileiro, antes da Constituição de 1988, foi a reforma previdenciária de 1960, unificando os institutos previdenciários no INPS, hoje INSS, e eliminando a participação corporativa sindical da previdência estatal.¹²⁷

Com o fim do regime militar, teve-se, como marco da renovação jurídica no Brasil, a Constituição Cidadã de 1988, símbolo da mudança e da democratização.

¹¹⁸ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. Cit. pp. 69 a 71.

¹¹⁹ *Idem, ibidem*.

¹²⁰ *Idem, ibidem*.

¹²¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. Cit. p. 112.

¹²² *Idem*, pp. 113 e 114.

¹²³ *Idem*, pp. 113 e 114.

¹²⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. Cit. pp. 71 e 72.

¹²⁵ *Idem, ibidem*.

¹²⁶ *Idem, ibidem*.

¹²⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. Cit. pp. 121 e 122.

Na nova Constituição Federal, o Direito do Trabalho teve destaque e inclusive serviu de influência sobre outras áreas.¹²⁸ A Constituição lançou a noção de ser coletivo, em contraponto ao ser individual tão enraizado no Direito Civil.¹²⁹

A Constituição de 1988 valoriza a negociação coletiva, mas estabelece limites a ela, não permitindo que renuncie a direitos de terceiros, bem como aos direitos indisponíveis.¹³⁰ Os limites constitucionais são reforçados pelos tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário, e pelas leis infraconstitucionais que garantem condições mínimas ao trabalhador.¹³¹

Entre os direitos previstos, a Constituição da República de 1988 determina que o salário mínimo seja fixado em lei ampliando as necessidades às quais deve atender, equiparou empregados urbanos aos rurais, estendeu o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço para os trabalhadores rurais, extinguiu a estabilidade decenária, criou medidas protetivas contra a demissão arbitrária, além de permitir que por acordo coletivo o salário seja reduzido.¹³²

A atual Constituição restringiu o salário-família apenas ao trabalhador de baixa renda urbano ou rural; a participação nos lucros perdeu o *status* de remuneração, as férias ganharam adicional de remuneração em 1/3; a licença maternidade foi para 120 dias, surgiu a licença paternidade de 5 dias; foram introduzidas medidas de ação afirmativa para garantir a igualdade da mulher no mercado de trabalho, fixou-se o aviso prévio no mínimo de 30 dias, foi estabelecida a idade mínima para início no trabalho aos 16 anos, salvo na condição de aprendiz a partir dos 14 anos (conforme previsão dada pela Emenda Constitucional número 20).¹³³

Como contradições antidemocráticas da Constituição de 1988, podem ser citadas a contribuição sindical obrigatória, o poder normativo da Justiça do Trabalho (sentença normativa) e a unicidade sindical.¹³⁴

Apesar de garantir diversos direitos trabalhistas, a força normativa da Constituição Federal de 1988 foi contrastada com um contexto de adoção da ideologia neoliberal no sistema de produção brasileiro.

¹²⁸ *Idem*, pp. 124 a 126.

¹²⁹ *Idem*, pp. 124 a 126.

¹³⁰ *Idem*. p. 117.

¹³¹ *Idem*, *ibidem*.

¹³² BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. Cit. pp. 71 a 73.

¹³³ *Idem*, pp. 72 a 75.

¹³⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. Cit. pp. 128 e 129.

No início de sua implementação no Brasil, o modelo neoliberal sofreu forte oposição pela força sindical; entretanto, a partir da década de 1990, passou a ganhar força e os oponentes enfraqueceram-se.¹³⁵

A década de 1990 foi marcada por mutações políticas advindas de necessidades pragmáticas do neoliberalismo, levando a uma desregulamentação em diversas esferas sociopolíticas.¹³⁶ Entre as esferas que sofreram transformação encontra-se o mundo do trabalho. Entretanto, para Ricardo Antunes ainda serão necessárias mais pesquisas para uma real definição do atual contexto capitalista.¹³⁷

Na década de 1980, os países do capitalismo central já dançavam no ritmo da reestruturação do capital e conforme a ideologia neoliberal. O Brasil, por sua vez, ainda não se encontrava no mesmo passo, mas já sofria as primeiras mudanças sem uma transformação muito drástica.¹³⁸ Na busca pela inserção no mercado internacional, as empresas brasileiras passaram por uma reestruturação produtiva na década de 1980.¹³⁹

Na década de 1990, houve uma real mudança no sistema produtivo brasileiro, com influências do modelo japonês e a implementação da terceirização.

Foi nos anos 1990, entretanto, que a reestruturação produtiva do capital desenvolveu-se intensamente em nosso país, através da implantação de vários receituários oriundos da acumulação flexível e do ideário japonês, com a intensificação da *lean production*, do sistema *just-in-time*, *kanban*, do processo de qualidade total, das formas de subcontratação e de terceirização da força de trabalho. Do mesmo modo, verificou-se um processo de descentralização produtiva, caracterizada pela realocação industrial, em que empresas tradicionais, como a indústria de calçados ou a indústria têxtil, sob a alegação da concorrência internacional, iniciaram um movimento de mudanças geográfico-espaciais, buscando níveis mais rebaixados de remuneração da força de trabalho, acentuando os traços de superexploração do trabalho.¹⁴⁰

Assim, as empresas reorganizaram o sistema de produção que antes era vertical, transformando-o em horizontal, reduzindo as hierarquias com base em células produtivas para se adequarem aos novos imperativos do capital.¹⁴¹

¹³⁵ GIANNOTTI, Vito. *História das lutas dos trabalhadores no Brasil*. Op. Cit., p. 283.

¹³⁶ ANTUNES, Ricardo. Anotações sobre o capitalismo recente e a reestruturação produtiva no Brasil. In: ANTUNES, Ricardo. SILVA, Maria A. Moraes. (orgs.) *O avesso do trabalho*. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2004, p. 13.

¹³⁷ *Idem*, p. 14.

¹³⁸ *Idem*, p. 16.

¹³⁹ *Idem*, p. 17.

¹⁴⁰ *Idem*, p. 18.

¹⁴¹ *Idem*, p. 19.

Entre as décadas de 1970 a 1990, houve uma drástica redução do número de trabalhadores empregados pela indústria e um crescimento de 50% dos trabalhadores na área da prestação de serviços, sendo a maioria no setor informal.¹⁴² Nesse contexto de enxugamento das empresas, desemprego crescente e precarização das contratações, os trabalhadores aprenderam a tornar-se polivalentes para atenderem a todas as demandas do empregador, o que muitas vezes acarreta sérios problemas de saúde.¹⁴³

O processo de reestruturação produtiva do capital inserido nos Governos Collor e FHC gerou um enorme enxugamento da força de trabalho.¹⁴⁴ Ricardo Antunes descreve a precarização das relações de trabalho desse trabalho:

A flexibilização, desregulamentação, terceirização, as novas formas de gestão da força de trabalho etc. Estão presentes em grande intensidade, indicando que, se o “fordismo” parece ainda dominante quando se olha o conjunto da estrutura produtiva industrial e de serviços no país, ele também se mescla com novos processo produtivos, consequência da liofilização organizacional, dos mecanismo da acumulação flexível e das práticas “toyotistas” que foram (parcialmente) assimiladas no setor produtivo brasileiro.

Se é verdade que a baixa remuneração da força de trabalho – que se caracteriza como elemento de atração para o fluxo de capital externo produtivo em nosso país – pode se constituir, em alguma medida, em alguns ramos produtivos, como elemento obstaculizador do avanço tecnológico em nosso país, do mesmo modo a combinação obtida pela superexploração da força de trabalho com padrões produtivos mais avançados constitui-se em elemento que continua particularizando o capitalismo em nosso país. Isso porque, para os capitais nacionais e transnacionais produtivos, interessa a confluência entre força de trabalho qualificada, polivalente, multifuncional, preparada para operar com os equipamentos informacionais, percebendo, porém, salários bastante dilapidados, sub-remunerados, em patamares muito inferiores àqueles percebidos nas economias avançadas. E, vale acrescentar, vivenciando condições de trabalho fortemente precarizadas.¹⁴⁵

Com o início do Governo Collor, em 1990, começou a implementação de políticas atreladas às ordens do FMI, buscando reduzir uma inflação de 2000% ao ano: os salários foram congelados, o mercado brasileiro foi aberto para a entrada de importados, uma onda de privatizações se instalou, o pouco de Estado de Bem-Estar Social que se tinha passou a ser desconstruído, aumentou-se a carga tributária, direitos trabalhistas e sindicatos sofreram um enfraquecimento em um contexto de recessão econômica.¹⁴⁶

¹⁴² *Idem*, p. 23, 24.

¹⁴³ *Idem*, p. 22.

¹⁴⁴ *Idem*, p. 25.

¹⁴⁵ *Idem*, p. 25 e 26.

¹⁴⁶ GIANNOTTI, Vito. *História das lutas dos trabalhadores no Brasil*. Op. Cit., p. 283 a 285.

Como forma de evitar uma reação a esses acontecimentos por parte de lideranças dos trabalhadores, em março de 1991 a Força Sindical foi criada.¹⁴⁷ Em 1992, houve um vertiginoso crescimento do número de greves, ganhando destaque a greve dos estivadores em Santos-SP e a dos petroleiros, demonstrando a insatisfação com o crescimento da miséria no Governo Collor.¹⁴⁸

No contexto da globalização, a abertura da economia brasileira e a entrada de novos competidores acabou por produzir uma superoferta, em um contexto de alta inflação e economia recessiva, o que levou as empresas brasileiras a alterarem seu sistema de produção, sendo facilitado por um enfraquecimento da atuação sindical por conta da crise que o país sofria.¹⁴⁹ Para reagir a essas circunstâncias de crise e abertura do mercado, as empresas passaram a implementar, de forma generalizada, programas de qualidade total e de terceirização.¹⁵⁰ Um exemplo desse novo tipo de gestão foi o setor petroquímico:

Em 1993, de um universo de 39 empresas químicas e petroquímicas, 38 recorriam à terceirização e 35 tinham programas de qualidade total, sendo que 85% iniciaram a sua implementação a partir de 1990. Ao lado disso, a maioria das empresas havia sofrido extinção ou fusão de setores, redução de níveis hierárquicos, extinção de cargos, contratação de serviços especializados (terceirização) e redução na política de benefícios de pessoal. Sendo que 92% das empresas declararam ter reduzido o número de empregados efetivos.¹⁵¹

Como forma de mostrar publicamente a adesão dos trabalhadores às transformações da política neoliberal, em 1993, o líder da Força Sindical, Luiz Antônio Medeiros, foi convidado a presenciar o leilão da CSN (Companhia Siderúrgica Nacional), simbolizando o apoio da classe obreira à privatização, com direito à cobertura do evento pela Rede Globo.¹⁵²

Após a crise do Governo Collor, o Plano Real, em 1994, impulsionou programas de qualidade total, formas de gestão de mão-de-obra e produção de formato japonês, bem como

¹⁴⁷ *Idem*, p. 286.

¹⁴⁸ *Idem*, p. 288 e 289.

¹⁴⁹ DRUCK, Graça. FRANCO, Tânia. Terceirização e precarização: o binômio anti-social em indústrias. In: DRUCK, Graça. FRANCO, Tânia. (organizadoras) *A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007, p. 100.

¹⁵⁰ *Idem*, *ibidem*.

¹⁵¹ *Idem*, p. 101.

¹⁵² GIANNOTTI, Vito. *História das lutas dos trabalhadores no Brasil*. Op. Cit., p. 292.

a instituição de um sistema que vincula a produtividade aos salários, em um esquema de enxugamento da empresa.¹⁵³

Sobre esse novo formato, Ricardo Antunes descreve o modelo produtivo da seguinte forma:

Como consequência das práticas flexíveis de contratação da força de trabalho nos bancos (através da ampliação significativa da terceirização, da contratação de trabalhadores por tarefas ou em tempo parcial), vem ocorrendo uma maior precarização dos empregos e dos salários, aumentando o processo de desregulamentação do trabalho e da redução dos direitos sociais para os empregados em geral e para os terceirizados em particular. (Jinkings, 2002 e Segnini, 1998).

Do ponto de vista do capital financeiro, essas formas de contratação permitem às empresas ganhos enormes de lucratividade, ao mesmo tempo em que atingem fortemente a capacidade de resistência dos bancários, fragmentando-os e dificultando sua organização sindical.¹⁵⁴

Assim, a fragmentação dos trabalhadores e das organizações sindicais é um dos efeitos da terceirização, que tem como consequência a redução ao máximo das estruturas funcionais das instituições financeiras e mesmo de outros setores empresariais, diminuindo, assim, o número de empregados dos grandes conglomerados empresariais.¹⁵⁵

Com o advento do Plano Real, houve uma retomada dos investimentos na indústria, especialmente no setor automobilístico, com o ingresso de novas montadoras em várias regiões do Brasil, considerados novos campos para a instalação do padrão de flexibilidade do trabalho tanto intra-empresa quanto entre empresas por meio de subcontratações.¹⁵⁶ Nessa logística, a terceirização surge para “permitir às corporações transnacionais do setor automobilístico desenvolver novos laços de subcontratação, capazes de proporcionar um novo patamar de valorização”.¹⁵⁷ O impacto dessa forma de gestão do trabalho verifica-se no Brasil a partir de 1993 com o crescimento na produtividade na indústria automobilística tendo como contrapartida paradoxal a redução dos postos de trabalho nas montadoras e nas indústrias de autopeças.¹⁵⁸

Na visão de Giovanni Alves, o novo complexo de reestruturação produtiva tem como principais determinações um contexto de mundialização do capital que impõe às subsidiárias

¹⁵³ ANTUNES, Ricardo. Anotações sobre o capitalismo recente e a reestruturação produtiva no Brasil. Op. Cit., p. 20.

¹⁵⁴ *Idem*, p. 21.

¹⁵⁵ *Idem*, *ibidem*.

¹⁵⁶ ALVES, Giovanni. *O novo (e precário) mundo do trabalho. Reestruturação produtiva e crise do sindicalismo*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2000, p. 182.

¹⁵⁷ *Idem*, p. 182 e 183.

¹⁵⁸ *Idem*, p. 183.

das companhias transnacionais um modelo de acumulação flexível, conjugado com políticas neoliberais de modernização da indústria brasileira.¹⁵⁹

Assim, a liberalização comercial impõe uma reestruturação produtiva para que o Brasil obtenha competitividade nos cenários internacional, regional e local.¹⁶⁰ Essa necessidade de mudança mostrou-se presente desde o Governo Sarney em 1987 por meio de programas institucionais voltados para a busca de qualidade e produtividade.¹⁶¹ No Governo Collor, há uma verdadeira estruturação da política neoliberal e da inserção do Brasil no novo modelo de valorização do capital por meio da medida “Diretrizes Gerais para a Política Industrial e de Comércio Exterior” (PICE).¹⁶² A PICE reduziu alíquotas e restrições à importação, abrindo o país ao mercado mundial, e as empresas nacionais perderam incentivos fiscais e subsídios devendo reestruturar-se para sobreviver à abertura do mercado.¹⁶³ Os Governos Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso seguiram a ótica neoliberal, deixando à lógica do mercado o impulso da modernização industrial.¹⁶⁴

Os novos espaços de valorização do capital também se mostraram presentes em nível regional, como no Mercosul e na Alca, em um processo político de integração dos países da América do Sul e das Américas visando à mundialização do capital.¹⁶⁵

As transnacionais aqui sediadas passaram a trabalhar na recuperação dos mercados europeu e norte-americano que haviam sido tomados pelos japoneses, para tanto implementaram como estratégias a redução de custos, o corte de salários e programas de demissão.¹⁶⁶ Assim, a economia brasileira sofreu uma brusca contração, combinada com a elevação dos juros, controle de liquidez e queda do PIB.¹⁶⁷

O Governo Collor propiciou as condições macroeconômicas, políticas e ideológicas para a implementação do toyotismo sistêmico, casando capital e trabalho no âmbito da produção.¹⁶⁸ O Plano Real, em 1994 (governo FHC), permitiu o desenvolvimento do capitalismo no Brasil sob as bases do toyotismo sistêmico.¹⁶⁹ No Governo FHC, a moeda

¹⁵⁹ *Idem*, p. 183 e 184.

¹⁶⁰ *Idem*, p. 185.

¹⁶¹ *Idem*, p. 186.

¹⁶² *Idem, ibidem*.

¹⁶³ *Idem*, p. 187.

¹⁶⁴ *Idem*, p. 187 e 188.

¹⁶⁵ *Idem*, p. 188 e 189.

¹⁶⁶ *Idem*, p. 195.

¹⁶⁷ *Idem*, p. 195.

¹⁶⁸ *Idem*, p. 197.

¹⁶⁹ *Idem, ibidem*.

estabilizou-se, fomentaram-se a abertura comercial e a reforma do Estado nos setores previdenciário, tributário, nas privatizações, etc.¹⁷⁰

Todas essas transformações na forma de gestão produtiva buscaram o consentimento do operariado, capturando a subjetividade operária por meio da integração de valores da empresa no trabalhador, minando os impulsos da classe trabalhadora, mas sempre camuflando o despotismo do capital.¹⁷¹ Os operários passaram a a trabalhar sob um sistema de competitividade, sendo beneficiados com bônus de produtividade, participação nos lucros.¹⁷² As condições macroeconômicas do Governo FHC permitiram investimentos em capital fixo, impulsionando a automação microeletrônica na produção, o que ainda não havia sido implementado no contexto do governo anterior.¹⁷³

A partir de 1994 e da implementação do Plano Real, o Brasil passou por um processo de “*jobless growth*”, ou seja, um crescimento econômico (crescimento do PIB) sem aumento proporcional no número de empregos.¹⁷⁴ Giovanni Alves entende que esse fenômeno teve como causas determinações conjunturais da economia brasileira aliadas à política neoliberal de abertura comercial, mundialização do capital, exigência de maior produtividade com menores custos alterando a dinâmica do emprego assalariado, promovendo uma “desconexão virtual’ entre investimento produtivo e criação de emprego”.¹⁷⁵

Em 1994, o índice de desemprego chegou a 14%, indo a 20% em 1999, como resultado de uma “reestruturação produtiva com a entrada em cena da automação em todos os campos, e a abertura aos produtos importados, sem nenhuma proteção para os trabalhadores”.¹⁷⁶ Porém, o número de greves era menor se comparado à década de 1980, graças ao modelo de gestão pela parceria inserido na consciência dos trabalhadores.¹⁷⁷

Em 1995, com a posse de Fernando Henrique Cardoso, as privatizações intensificaram-se juntamente com o discurso de flexibilização das leis trabalhistas.¹⁷⁸ Nesse período, as greves, como por exemplo a dos petroleiros, foram reprimidas pela polícia e pelo

¹⁷⁰ *Idem, ibidem.*

¹⁷¹ *Idem*, p. 198.

¹⁷² *Idem*, p. 199.

¹⁷³ *Idem, ibidem.*

¹⁷⁴ *Idem*, p. 248.

¹⁷⁵ *Idem*, p. 249.

¹⁷⁶ GIANNOTTI, Vito. *História das lutas dos trabalhadores no Brasil*. Op. Cit., p. 295.

¹⁷⁷ *Idem, ibidem.*

¹⁷⁸ *Idem*, p. 297.

Exército.¹⁷⁹ A culpa da recessão econômica foi imputada, pelo discurso neoliberal, aos direitos trabalhistas excessivamente rígidos que inibiriam contratações.¹⁸⁰

Em pesquisa, o DIEESE apontou como causas da redução no número de greves: “a) ilusão de muitos trabalhadores com a nova moeda; b) diminuição da inflação para quase zero; c) aumento do desemprego, desestimulando qualquer reação”.¹⁸¹ Alguns entendem também que uma das causas do enfraquecimento do movimento sindical foi a filiação da CUT, em 1992, à Confederação Internacional dos Sindicatos Livres (Ciosl), que possuía uma forte tradição anticomunista, buscando sempre a conciliação entre empregadores e obreiros.¹⁸²

Em 1998, a campanha de reeleição de FHC propunha três principais reformas nas áreas trabalhista, administrativa e previdenciária.¹⁸³ A reforma trabalhista visava à flexibilização das leis trabalhistas, por meio da redução dos direitos dos empregados através de negociações em detrimento do que estava estabelecido em lei, “modernizando” as leis do trabalho.¹⁸⁴ A reforma administrativa buscava a “quebra da estabilidade dos servidores públicos e o fim do concurso público” para a contratação de trabalhadores em regime celetista, reduzindo o poder de pressão dos sindicatos.¹⁸⁵ Por fim, a reforma previdenciária almejava estimular a previdência complementar para retirar do Estado a obrigação de garantir saúde e previdência pública a todos, bem como aumentar o tempo de contribuição, eliminar a aposentadorias especiais de profissões insalubres e perigosas.¹⁸⁶ Em resposta às reformas apresentadas no projeto de FHC, a CUT convocou uma greve geral em agosto de 1998.¹⁸⁷

No fim de 2001, os sindicatos da CUT movimentaram-se contra o projeto de flexibilização de direitos, mas não obtiveram sucesso quando alguns foram aprovados em uma das casas do Congresso e continuaram em tramitação.¹⁸⁸ Em 2002, pelo desgaste do Governo FHC, mesmo as alianças duvidosas de Lula, principalmente com o capital internacional, não minaram a esperança em um governo diferente e melhor que o anterior.¹⁸⁹ Em sua campanha,

¹⁷⁹ *Idem*, p. 298.

¹⁸⁰ *Idem*, p. 299.

¹⁸¹ *Idem*, p. 300.

¹⁸² *Idem*, p. 290 e 300.

¹⁸³ *Idem*, p. 303.

¹⁸⁴ *Idem*, *ibidem*.

¹⁸⁵ *Idem*, *ibidem*.

¹⁸⁶ *Idem*, *ibidem*.

¹⁸⁷ *Idem*, *ibidem*.

¹⁸⁸ *Idem*, p. 309 e 310.

¹⁸⁹ *Idem*, p. 311.

Lula acabou adotando como proposta a continuação do projeto neoliberal, afastando-se dos trabalhadores, para atender às necessidades do capital internacional.¹⁹⁰

Em 2003, as empresas apontaram como razões para a redução do número de empregados diretos a necessidade de diminuir custos e as mudanças tecnológicas, exigências de um mercado internacional altamente competitivo; sendo que no início dos anos 1990, os motivos para tanto repousavam na crise econômica e política do país e na crise da empresa.¹⁹¹ Assim, observa-se que o contexto muda, mas a forma de exploração do trabalhador se mantém.

Pesquisa realizada no setor petroquímico da Bahia demonstra o avanço da terceirização com a consequente redução do número de trabalhadores contratados diretamente pelas empresas tomadoras em relação a esse período:

A pesquisa realizada nas indústrias RMS revela, um conjunto de dez empresas, que dos 8.204 trabalhadores apenas 36,3% são empregados do quadro permanente/ núcleo estável e que 63,4% são trabalhadores terceirizados, em 2003. Convém observar que nenhuma dessas empresas estava em parada para manutenção.

Quatro empresas apresentavam grau de terceirização menor que o conjunto, com respectivamente 63,1%; 60,6%; 49,1% e 47,5% de empregados permanentes atuando em seu sítio industrial. Vale observar que o menor grau de terceirização verifica-se numa empresa ainda estatal, com 36,9% de trabalhadores terceirizados em sua planta e 63,1% de empregados do quadro permanente. As demais seis empresas, todas localizadas no Pólo Petroquímico de Camaçari, apresentam grau de terceirização mais radical, tendo apenas entre 28,5% e 35,4% de sua mão-de-obra como empregados permanentes, em 2003.¹⁹²

Nova pesquisa realizada em 2004 mostrou a continuação e ampliação do modelo toyotista no setor petroquímico por meio de técnicas como atribuição de várias funções a um único funcionário (polivalência), remuneração conforme a produtividade, terceirização em outros setores das empresas.¹⁹³ Nesse contexto, observou-se uma concentração de capital por meio de fusões, ao mesmo tempo em que houve um crescimento da externalização de atividades por meio da prática terceirizante, sem que para tanto tenha havido um aperfeiçoamento da automação.¹⁹⁴

¹⁹⁰ *Idem*, p. 313.

¹⁹¹ DRUCK, Graça. FRANCO, Tânia. Terceirização e precarização: o binômio anti-social em indústrias. Op. Cit., p. 102.

¹⁹² *Idem*, p. 108.

¹⁹³ *Idem*, p. 101.

¹⁹⁴ *Idem*, *ibidem*.

A terceirização, ao flexibilizar a relação de trabalho, permite ao tomador obter os serviços sem arcar com o ônus da responsabilidade pelos encargos trabalhistas e a própria gestão da mão-de-obra, transferindo os compromissos para com os trabalhadores que lhe prestam serviços a terceiros.¹⁹⁵ Essa mudança na forma de gerir o sistema de produção foi facilitada pela flexibilização do ordenamento trabalhista em um processo de legalização da terceirização.¹⁹⁶

A expansão da prática terceirizante alcançou também o setor público, no âmbito das empresas estatais e da própria Administração Pública, em uma busca pela diminuição de gastos com pessoal, como política recomendada pelo Fundo Monetário Internacional para alcançar um equilíbrio fiscal.¹⁹⁷ Em contrapartida, o Ministério Público vem atuando no sentido de coibir o avanço da terceirização no setor público.¹⁹⁸

Pelos relatos históricos e pesquisas realizadas a respeito da luta dos trabalhadores contra as investidas do neoliberalismo, percebe-se que, apesar da resistência forte no início, os trabalhadores vêm perdendo força na guerra pela manutenção de seus direitos e pela melhoria das condições de trabalho. Em cada momento histórico, os detentores do grande capital e o próprio Estado atribuem a causas distintas a necessidade da retirada de direitos trabalhistas, ou mesmo da precarização das condições dos obreiros: ora a culpa é da crise econômica mundial, ora é o imperativo de competitividade no mercado internacional que exige a redução de custos.

A eficiência, que é simbolizada por produzir mais utilizando-se de menos recursos, acaba por significar o crescimento da produção reduzindo quanto mais seja possível o repasse de remuneração para quem trabalha. A redução de recursos utilizados não se dá por uma melhor aplicação dos haveres, mas pela precarização dos salários daquele que dispense sua força de trabalho na produção e pelo enriquecimento de quem dirige a produção.

¹⁹⁵ *Idem*, p. 103.

¹⁹⁶ *Idem*, *ibidem*.

¹⁹⁷ *Idem*, p. 104.

¹⁹⁸ *Idem*, *ibidem*.

3. CAPÍTULO 2 – TERCEIRIZAÇÃO: A MERCANTILIZAÇÃO DO TRABALHO

I. INTRODUÇÃO

A terceirização surge como uma espécie do fenômeno da flexibilização trabalhista que o mundo vem experimentando sob a ideologia neoliberal. De acordo com esta ideologia, a terceirização passa a ser uma resposta necessária às novas transformações econômicas e políticas que ocorrem por toda parte em que o capitalismo instaurou-se. Terceirizar foi a forma encontrada para que as empresas mantivessem altas taxas de produção, utilizando-se cada vez de menos recursos e expendendo o mínimo possível com mão-de-obra.

Tendo esse contexto como referência, Pierre Bourdieu, em texto intitulado “A precariedade está hoje por toda a parte”, trabalha a responsabilidade dos pesquisadores em contribuírem para a manutenção ou a transformação da ordem econômica vigente. De acordo com o filósofo francês, os pesquisadores não podem se silenciar a respeito, sob pena de serem cúmplices ativos da ordem simbólica.¹⁹⁹

Em sintonia com esse pensamento, a presente pesquisa busca discutir, provocar e buscar soluções compatíveis com a dignidade da pessoa humana, bem como com os princípios constitucionais e, assim, combater as formas desumanas de precarização das relações de trabalho, sobretudo as decorrentes da terceirização trabalhista.

Assim, busca-se evitar na presente pesquisa o que Gerhard Schweppenhäuser chama de “condição dos modernos *coincidentiae oppositorum*” na qual a sociedade burguesa, em seu contexto de dominação, trata os opostos como coincidentes. Como ensina o professor da Bauhaus Universität, “a liberdade é confundida com a sua ausência quando ela substancialmente se transforma, para os indivíduos, apenas na liberdade de vender a própria força de trabalho como mercadoria”.²⁰⁰

Portanto, almeja-se demonstrar que a justiça não deve ser o enunciado romano de “a cada um aquilo que lhe cabe”, pois desse modo poder-se-ia cair na armadilha que Gerhard Schweppenhäuser afirma ser designar a alguém “apenas aquilo que lhe compete sob as relações sociais existentes”.²⁰¹

¹⁹⁹ BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Op. Cit., pp. 119 e 120.

²⁰⁰ SCHWEPPENSHÄUSER, Gerhard. A filosofia moral negativa de Theodor W. Adorno. In: *Educ. Soc., Campinas*, vol. 24, n. 83, p. 391-415, agosto 2003. Disponível em <<http://www.cedes.unicamp.br>>

²⁰¹ *Idem, ibidem*.

II. A ORIENTAÇÃO NEOLIBERAL, O MODELO TOYOTISTA DE PRODUÇÃO E O ESTADO DEMOCRÁTICO

O modelo toyotista, criado no Japão, intensificou-se em 1980 nos países do capitalismo central. Para reduzir os custos e crescer em competitividade e consequentemente em lucros, as empresas incentivaram uma horizontalização do seu sistema produtivo, com destaque para o incremento da terceirização trabalhista.²⁰² Assim, o toyotismo propunha o estoque zero de mercadorias, com a produção exata daquilo que o mercado iria absorver²⁰³. Esse novo modelo de produção passou a exigir também contratos de trabalho menos rígidos, intensificando a flexibilização trabalhista.²⁰⁴

O toyotismo valoriza o trabalho em equipe, induzindo a competitividade entre os membros do grupo e o individualismo.²⁰⁵ Busca-se uma eterna superação na produtividade, e para alcançar esse objetivo, a empresa instaurou um controle rígido sobre o grupo e entre seus membros, em um fenômeno de “cooperação forçada”.²⁰⁶

Segundo Jeffrey K. Liker, estudioso do sistema toyotista, este modelo de produção tem como filosofia o “respeito pela humanidade”, considerando impensável o sacrifício das condições e direitos trabalhistas em prol de eficiência produtiva.²⁰⁷ Entretanto, Jorge Luiz Souto Maior afirma que o estudioso omite as investidas da Toyota contra a atuação sindical desde 1950, por meio do discurso “Proteger nossa empresa para defender a vida!”, em um forte esquema de cooptação com promessa de ganhos por produtividade.²⁰⁸ Assim, o que existem são vários modelos toyotistas que possuem em comum a busca pelo lucro às custas da exploração dos trabalhadores.²⁰⁹

Toda essa pressão para um crescimento produtivo vertiginoso acabou gerando o desenvolvimento de doenças decorrentes do trabalho, como o estresse, entre outras.²¹⁰ O tempo do profissional fora do ambiente de trabalho também passa a ser controlado pela

²⁰² DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. Op. Cit. pp. 179 e 180.

²⁰³ *Idem, ibidem*.

²⁰⁴ *Idem, ibidem*.

²⁰⁵ *Idem, ibidem*.

²⁰⁶ *Idem, ibidem*.

²⁰⁷ LIKER, Jeffrey K. Apud. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional*. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/23113-23115-1-PB.pdf> > Acesso em 09.01.2013.

²⁰⁸ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional*. Op. Cit.

²⁰⁹ *Idem, ibidem*.

²¹⁰ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. Op. Cit., pp. 181 e 182.

empresa.²¹¹ Desse modo, o trabalhador passa a perder sua identidade social e sua identificação com a coletividade sindical para se identificar com a empresa da qual depende para seu sustento.²¹² Assim, nesse período que se inicia com a década de 1970, os sindicatos passaram a perder força e espaço político.²¹³

Nesse contexto, a precariedade nas relações de emprego leva as pessoas a um sentimento de insegurança, temor em relação ao futuro incerto que as paralisa, impedindo que reajam racionalmente ao presente em busca de melhorias para o futuro. Segundo Pierre Bourdieu, a precariedade perturba até os inconscientes, dando “a cada trabalhador a impressão de que ele não é insubstituível e que o seu trabalho, seu emprego, é de certa forma um privilégio, e um privilégio frágil e ameaçado”.²¹⁴ Nesse contexto, surgem a mídia e os próprios empregadores para reforçar essa consciência de fragilidade da relação de emprego.²¹⁵

Como demonstra o filósofo francês, a insegurança, na economia desenvolvida, passa do plano objetivo para o plano subjetivo dos trabalhadores, gerando uma mentalidade coletiva de fragilidade que leva à desmobilização e à desmoralização.²¹⁶ Ele explica esses dois últimos fenômenos da seguinte forma:

Os desempregados e os trabalhadores destituídos de estabilidade não são passíveis de mobilização, pelo fato de terem sido atingidos em sua capacidade de se projetar no futuro, a condição indispensável de todas as condutas ditas racionais, a começar pelo cálculo econômico, ou, em uma ordem completamente diferente, pela organização política. (...) para conceber um projeto revolucionário, isto é, uma ambição racionada de transformar o presente por referência a um futuro projetado, é preciso ter um mínimo de domínio sobre o presente. **O proletário, ao contrário do subproletário, tem esse mínimo de garantias presente, de segurança, que é necessário para conceber a ambição de mudar o presente em função do futuro esperado.** Mas diga-se de passagem, ele é também alguém que ainda tem algo a defender, algo a perder, o seu emprego, mesmo sendo exaustivo e mal pago, e muitas de suas condutas, às vezes descritas como excessivamente prudentes ou mesmo conservadoras, se explicam em função do temor de cair ainda mais, de recair no subproletariado.²¹⁷ (Grifos acrescidos)

²¹¹ *Idem*, pp. 181 e 182.

²¹² *Idem*, *ibidem*.

²¹³ *Idem*, p. 182.

²¹⁴ BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Op. Cit., pp. 120 e 121.

²¹⁵ *Idem*, *ibidem*.

²¹⁶ *Idem*, p. 121.

²¹⁷ *Idem*, pp. 121 e 122.

Desse modo, o trabalho passa a ser visto como algo raro, valioso e desejável, submetendo o trabalhador a condições precárias para que este possa manter seu emprego.²¹⁸ E essa valorização extraordinária do trabalho é acirrada pela competitividade e pela concorrência instauradas no mercado laboral, além da constante ameaça de demissão. O filósofo caracteriza essa situação como “uma verdadeira luta de todos contra todos, destruidora de todos os valores de solidariedade e de humanidade” levando a “uma violência sem rodeios”.²¹⁹

Nesse modelo, surge a terceirização como técnica que transforma o antigo sistema vertical da grande empresa em horizontal. A horizontalização deu origem a dois grupos de empresas. Um grupo menor de empresas é composto por empregados muito qualificados que trabalham em tempo integral, podem negociar mudanças nos contratos de trabalho e possuem mais segurança no mercado de trabalho.²²⁰ Já o outro grupo é maior e composto por um subgrupo de entidades financeiras, e outro subgrupo é formado por uma massa de empregados em condição precária, com contratos temporários e flexibilizados (incluindo o trabalho informal).²²¹ Os subproletários descritos por Pierre Bourdieu podem ser identificados como esse segundo subgrupo de empregados em condições mais frágeis e instáveis.

Em razão da difusão das novas formas de gestão do trabalho, os efeitos da precariedade, tanto no âmbito privado quanto no público, são semelhantes e visíveis, incluindo uma “desestruturação da existência” que leva a uma “degradação de toda a relação com o mundo e, como consequência, com o tempo e o espaço”.²²²

Cristiano Paixão faz interessante análise sobre a perda dos referenciais de tempo e espaço experimentada pelos trabalhadores terceirizados:

O deslocamento em relação ao tempo se dá pelo seguinte contexto. As empresas prestadoras de serviço sobrevivem a partir de contratos celebrados com terceiros. No âmbito da Administração Pública e da iniciativa privada, a forma de vinculação é a mesma: são contratos de prestação de serviço que têm duração determinada, em sua grande maioria por um ano. Nada garante a renovação desse contrato: no ano seguinte ao da contratação de uma prestadora de serviços, uma outra empresa pode oferecer um “pacote” mais favorável (em regra, salários mais baixos para os terceirizados). (...) Com isso, o trabalhador terceirizado vê o futuro como algo aterrorizante. É quase certa a perda do emprego com o final do contrato.

²¹⁸ *Idem*, pp. 122 e 123.

²¹⁹ *Idem*, 122 e 123.

²²⁰ HARVEY, David. *The condition of Postmodernity: An Enquiry into the Origins of Cultural Change*. Cambridge MA & Oxford UK: Blackwell Publishers, 1991, p. 150 e 151.

²²¹ *Idem*, *ibidem*.

²²² BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Op. Cit., p. 120.

.....
O trabalho em atividades terceirizáveis é também carente de referências no espaço. O mercado das empresas prestadoras de serviços é altamente volátil. O trabalhador não fica vinculado apenas a um “tomador”, o que chega a ser cruel: além de não pertencer aos quadros da empresa que utiliza a sua força de trabalho, o terceirizado sequer tem alguma garantia de que permanecerá – pelo reduzido período de duração do contrato – trabalhando para o mesmo “tomador”. Lembremos que a contratação de mão-de-obra não envolve um indivíduo determinado: o que é negociado é a força de trabalho. (...) **Comprimido entre a ausência de futuro (uma espécie de não-tempo) e a incerteza sobre a localidade (uma espécie de não-espaço), o trabalhador terceirizado vai se transformando nessa mercadoria dispensável, precária e sem referências.** (Grifos acrescentados)²²³

Assim, além de ter salários menores, as condições de trabalho dos terceirizados são precarizadas na medida em que as referências essenciais da produção de um trabalho, o tempo e o espaço, são flexibilizados a ponto de deixarem de servir como norteadores para a atuação desses trabalhadores e a construção de sentido para a atividade que executam.

A ideologia neoliberal, que se firmou em meados do século XX ao início do século XXI, busca justificar a flexibilização nas relações trabalhistas com o argumento de que a mão-de-obra formal tem custos elevados que prejudicam os lucros e atrapalham a competitividade.²²⁴

A respeito do envolvente discurso do neoliberalismo que dissimula a real precarização das relações de trabalho na prática, Armando Boito Jr. tece o seguinte comentário:

A regulamentação do mercado de trabalho – limitação legal da jornada de trabalho, repouso remunerado, remuneração mínima obrigatória por força de lei etc. – deformaria o livre jogo da oferta e da procura, a liberdade contratual entre empregadores e empregados, criando estratos privilegiados de trabalhadores e bloqueando o investimento e o crescimento da produção e do emprego.²²⁵

Os militantes da liberdade econômica irrestrita, como Hans Tietmeyer, defendem que as normas que regem o mercado de trabalho são excessivamente rígidas, não permitindo a maleabilidade exigida pelas demandas do mercado; assim, o trabalho se torna uma variável

²²³ PAIXÃO, Cristiano. Terceirização. O trabalho como mercadoria. In: *Constituição & Democracia*. Domingo, 2 de abril de 2006. *Tribuna do Brasil*. UnB. SindjusDF, p. 8 e 9.

²²⁴ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. Op. Cit., pp. 192 e 193.

²²⁵ BOITO JR., Armando. Neoliberalismo e Corporativismo de Estado no Brasil. In: *Do corporativismo ao neoliberalismo. Estado e trabalhadores no Brasil e na Inglaterra*. Org. Ângela Araújo, 1ª Ed., São Paulo, 2002, p. 63.

econômica, conferindo aos investidores a sensação que dominam a atuação da mão-de-obra.²²⁶

Entretanto, Gabriela Neves Delgado demonstra que estatisticamente o custo da força de trabalho brasileira é o mais reduzido se comparado ao dos países centrais (EUA, países europeus, Japão, entre outros).²²⁷

Apresentando escala de valores, o Japão é o país com melhor remuneração da força de trabalho, perfazendo um total de U\$ 24,87 por hora laborada. Nos Estados Unidos da América o custo médio corresponde a U\$ 16,40; na França a U\$ 16,26; na Espanha, a U\$ 11,73; em Portugal, a U\$ 4,64 e em Hong Kong, a U\$ 4,21. Já o custo horário total da mão-de-obra brasileira, em 1993, foi calculado em cerca de apenas R\$ 3,38.²²⁸

Outro fato que desmistifica tal argumentação é que as empresas instaladas no Brasil que possuem condições de competir no mercado externo são apenas aquelas que trabalham estritamente com empregos formais e respeitam as normas trabalhistas, além do que o mercado consumidor fica defasado quando as relações trabalhistas não seguem as devidas normas, bem como a distribuição de renda fica comprometida.²²⁹ O trabalhador mal remunerado, por exemplo, não alimenta o grupo de consumidores para absorver os produtos e serviços ofertados pelas empresas.

Nesse contexto, verifica-se o forte caráter ideológico do discurso neoliberal, que não busca, na prática, o fim da intervenção estatal na economia, muito menos instaura o sistema da livre concorrência juntamente com a “soberania do consumidor”.²³⁰ Ao contrário, a ideologia neoliberal visa implantar a intervenção do Estado “na administração do câmbio e dos juros” beneficiando as empresas monopolistas nacionais e estrangeiras, e retira o Estado das áreas de proteção ao trabalhador, como a saúde, educação, previdência social e regulação do mercado de trabalho.²³¹ Nesse sentido, Armando Boito Jr. tece a seguinte explicação:

É falso, portanto, afirmar, como têm feito muitos observadores e estudiosos, que as políticas neoliberais interessam a todos aqueles, empresários ou trabalhadores, ligados ao “mercado competitivo”, e, em contrapartida, contrariariam os interesses de todas as classes que dependem da intervenção

²²⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As conseqüências humanas*. Tradução: Marcus Penchel. Op. Cit., p. 112.

²²⁷ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. Op. Cit., pp. 192 e 193.

²²⁸ *Idem*, pp. 193.

²²⁹ *Idem*, pp. 192 e 193.

²³⁰ BOITO JR., Armando. *Neoliberalismo e Corporativismo de Estado no Brasil*. Op. Cit., pp. 63 e 64.

²³¹ *Idem, ibidem*.

estatal. Tal afirmação toma o discurso neoliberal ao pé da letra e ignora seu caráter ideológico.²³²

O poder econômico atua hoje entre e através dos Estados para se fortalecer, mas não aceita qualquer regulação que importe a restrição de sua liberdade para agir como lhe convém. Ocorre que quando um poder não tem limites a ponto de desconsiderar que os outros são seres humanos semelhantes aos detentores do poder, há “uma encarnação bastante perfeita da barbárie”, uma vez que quem tem o poder não se sujeita a nada que não seja sua vontade declarada no momento.²³³ No mundo atual, esse poder se manifesta em sua vertente econômica, que conta com a intervenção do Estado apenas naquilo que lhe convém.

Em nível totalmente diferente, de algumas décadas para cá se observa nas democracias ocidentais uma mudança que consiste **em ampliar o âmbito dos contratos e em diminuir o das leis, o que significa ao mesmo tempo: restringir o poder do povo e dar livre curso à vontade dos indivíduos.** Essa mutação se manifesta em particular no **mundo do trabalho**, no qual **os patrões se queixam frequentemente da pletora de regulamentos que travam sua liberdade de ação**; eles prefeririam negociar diretamente um contrato com seus empregados. (...) Essa mutação foi grandemente acelerada pela globalização da economia. Idealmente, **esta não depende de nenhum Estado nem de nenhuma legislação**, e portanto utiliza exclusivamente os contratos. Pouco lhe importam os países: **ela lida, sempre e unicamente, com indivíduos, todos semelhantes, todos movidos pelos mesmos interesses materiais.** Contudo, **é gritante a desproporção entre o poder de um parceiro e o do outro: a poderosa multinacional e o desempregado em busca de trabalho não entram em absoluto na mesma categoria.** No lugar do Deus-fiador, já não se encontra o Estado, mas o mercado, isto é, o modo de troca, que se torna seu próprio fundamento.²³⁴ (Grifos acrescidos)

A antropologia neoliberal, que coloca a economia e a rentabilidade material no centro da vida do ser humano, age no mundo do trabalho sob a forma da flexibilidade e da mobilidade visando a uma maior eficiência.²³⁵ Assim, o projeto neoliberal busca impedir a consolidação de estereótipos mudando seus empregados de função ou de local, impedindo a construção de uma rede social que forme identidades individuais, fazendo muitas vezes o trabalho perder seu sentido.²³⁶

²³² *Idem*, p. 64.

²³³ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Op. Cit., p. 123.

²³⁴ *Idem*, p. 125.

²³⁵ *Idem*, p. 126.

²³⁶ *Idem*, p. 127.

Dessa forma, a política neoliberal é desfavorável à maioria dos trabalhadores, por reduzir o emprego e o salário, deteriorar as condições de trabalho, os serviços públicos e, por fim, reduzir “a proteção legal ao trabalhador”.²³⁷ Entretanto, mesmo sendo desfavorável aos obreiros, esta política conseguiu tornar-se aceita popularmente, ainda que passiva e parcialmente, sem que as “classes dominantes” devessem fazer “concessões materiais”.²³⁸

Na visão de Armando Boito Jr., isso se deu uma vez que o discurso neoliberal apresentou como motivo de revolta “os privilégios da burguesia industrial” e o “caráter cartorial do Estado brasileiro”, colocando como única solução “um rumo que não interessa aos trabalhadores”.²³⁹ Nesse sentido, o cientista político ensina:

A pretexto de se acabar com o empreguismo, com os privilégios de políticos profissionais e de seus clientes, liquidam-se as próprias instituições que prestam os serviços públicos à população trabalhadora e implanta-se uma reforma administrativa que, ao que tudo indica, poderá ampliar a prática do clientelismo. Essa complexa operação política da frente neoliberal foi facilitada pelo fato de parte da esquerda brasileira, aí incluída a esquerda comunista, encontrar-se comprometida com diversos aspectos antipopulares da política desenvolvimentista. (...) Parte da esquerda estava comprometida como Estado cartorial e não podia, por causa disso, oferecer uma alternativa popular para os problemas explorados, de uma perspectiva reacionária, na luta de ideias pelo neoliberalismo.²⁴⁰

O neoliberalismo propôs, portanto, a superação do Direito do Trabalho por considerá-lo um obstáculo ao avanço econômico, apontando como solução a desregulamentação e a flexibilização, retirando o Estado das questões sociais e trabalhistas.²⁴¹

Nesse contexto, a terceirização é vista como uma técnica moderna de gestão do trabalho. Porém, cabe relembrar que inovações e modernidades nem sempre levam a humanidade a uma condição de maior bem estar. As experiências com os frutos da ciência no século XX demonstraram que o avanço tecnológico pode ser mais ameaçador do que promissor para o ser humano.²⁴² “O mesmo ocorre quanto aos outros abusos tecnológicos: o que motiva o uso imediato e imoderado das novas tecnologias não é a aspiração ao conhecimento, mas o desejo de enriquecer, sem preocupar-se com as consequências sobre os outros seres humanos, presentes ou vindouros”.²⁴³

²³⁷ BOITO JR., Armando. *Neoliberalismo e Corporativismo de Estado no Brasil*. Op. Cit., p. 65.

²³⁸ *Idem*, p. 65.

²³⁹ *Idem*, p. 66.

²⁴⁰ *Idem, ibidem*.

²⁴¹ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. Op. Cit., p. 194.

²⁴² TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Op. Cit., p. 119 e 120.

²⁴³ *Idem*, p. 120.

Tzvetan Todorov afirma que o projeto neoliberal desumaniza o trabalho, ao paralisar os seres humanos na busca da real liberdade e na preocupação com o bem comum, gerando inclusive suicídios.²⁴⁴ Entretanto, os defensores do neoliberalismo culpam o Estado-providência por esses problemas, por ter gerado cidadãos incapazes de lidar com a flexibilidade necessária da nova gestão do trabalho; ignoram que um ambiente de trabalho equilibrado produz a possibilidade de uma melhor produtividade em benefício da própria empresa.²⁴⁵

O grande problema é que o Estado tem se omitido quando deveria intervir por meio de sua legislação, “pois é o único a poder agir em nome de outra lógica, aquela que leva em conta tanto o longo prazo quanto os recursos naturais do país, a saúde dos habitantes ou a necessidade de intervir na educação”.²⁴⁶

O enfraquecimento do âmbito da lei, a perda de sentido no mundo do trabalho, a desumanização dos seres não se explicam pela conspiração de alguns conjurados, os manitus do grande capital, embora, forçosamente, os que se beneficiam materialmente dele façam o que está ao seu alcance para reforçar essas mutações. O mesmo deve ser dito quanto às novas técnicas de *management* e de governança. O conjunto dessa mudanças é o efeito de uma evolução da sociedade que não foi desencadeada por um sujeito individual consciente. Em contraposição, está claro que, sem ser uma consequência mecânica da ideologia neoliberal, tais mudanças foram possibilitadas por ela, e a favorecem de volta. Essas transformações parecem lógicas num mundo caracterizado pelo esquecimento dos fins (o desenvolvimento dos seres, uma vida rica em sentido e em beleza) e pela sacralização dos meios: uma economia próspera, sem que as pessoas se perguntem se ela serve bem à sua sociedade, e que reduz as empresas unicamente ao seu valor na Bolsa.²⁴⁷

Ocorre que a democracia exige limites aos poderes tanto do Estado quando dos indivíduos, incluindo limites à liberdade dos agentes econômicos para evitar ameaças.²⁴⁸

Tzvetan Todorov afirma que “a liberdade que as galinhas têm de atacar a raposa é uma piada”, já a assertiva ao inverso é perigosa, uma vez que a raposa é mais forte que as galinhas.²⁴⁹ Historicamente, o Estado sempre teve maior poder que os indivíduos, sendo que estes solitariamente nunca representaram uma grande ameaça ao Estado; entretanto, alguns indivíduos organizados hoje podem dirigir ações complexas, com o auxílio da tecnologia, que

²⁴⁴ *Idem*, p. 136.

²⁴⁵ *Idem*, p. 136 e 137.

²⁴⁶ *Idem*, p. 137.

²⁴⁷ *Idem*, p. 137 e 138.

²⁴⁸ *Idem*, p. 149.

²⁴⁹ *Idem*, *ibidem*.

ataquem o Estado e sua população.²⁵⁰ Assim, não se pode garantir uma liberdade irrestrita da raposa, ou seja, do grande capital, pois as galinhas, os trabalhadores, serão reduzidos a uma condição de total dominação, sem qualquer liberdade.

Ao levar a autonomia dos indivíduos ao extremo, corre-se o risco de indivíduos superpoderosos que dominam a economia e a mídia protagonizarem atos perversos.²⁵¹ Assim, é necessária a adoção de um corpo de leis para limitar essas liberdades, inclusive a liberdade das atividades econômicas defendida pelos neoliberais.²⁵² Cabe ao Estado regular a economia e seus agentes hiperpoderosos de forma a assegurar um equilíbrio para o corpo social.²⁵³

A democracia requer um equilíbrio entre os princípios que a fundamentam, a hipertrofia de um em relação aos outros acaba gerando algum tipo de totalitarismo, uma vez que nenhum dos princípios é suficientemente bom para reinar sobre os demais.²⁵⁴ Entretanto, o que se observa nos dias de hoje é que “o poder político é incapaz, ou pouco desejoso, de limitar o poder econômico das multinacionais, dos bancos ou das agências de classificação de risco”, o que é um grande risco à democracia.²⁵⁵

A ideologia ultraliberal, apesar das crises que provoca, continua dominando os círculos governamentais de numerosos países. (...) A democracia está doente de seu descomedimento: **a liberdade torna-se tirania, o povo se transforma em massa manipulável, o desejo de promover o progresso se converte em espírito de cruzada. A economia, o Estado e o direito deixam de ser meios destinados ao florescimento de todos e participam agora de um processo de desumanização.**²⁵⁶ (Grifos acrescentados)

Dessa forma, o Estado e o Direito sucumbem à exigência por parte das empresas de terem iguais condições para competir no mercado e, por isso, poderem utilizar-se da terceirização. Assim, quando a política trabalhista tolera a prática terceirizante, as empresas que não a adotam passam a uma posição de desvantagem competitiva e se veem obrigadas a adotá-la para gerir seus negócios.²⁵⁷ Para Maurício Godinho Delgado, há “uma política pública sistemática de devastação do emprego e do trabalho nestes Estados e em suas

²⁵⁰ *Idem, ibidem.*

²⁵¹ *Idem*, p. 149 e 150.

²⁵² *Idem*, p. 150 e 151.

²⁵³ *Idem*, p. 151.

²⁵⁴ *Idem*, p. 193 e 194.

²⁵⁵ *Idem*, p. 195.

²⁵⁶ *Idem*, p. 197.

²⁵⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego. Entre os paradigmas da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: Editora LTr, 2007, 1ª edição, 2ª tiragem, p. 52.

economias e sociedades, renitentemente aplicada nas últimas décadas”.²⁵⁸ Na visão do autor, o desprestígio do trabalho e do emprego são fruto de um suporte conjuntural entre políticas públicas e sistema socioeconômico para atingir os fins do capitalismo.²⁵⁹

O atual sistema é definido por Maurício Godinho Delgado como “uma acumulação sem reciprocidade, de um capitalismo sem controles civilizatórios”, pois não há uma reciprocidade trabalhista.²⁶⁰

Os inimigos da democracia não se mostram tão assustadores como os antigos inimigos externos (comunistas, fascistas, etc.), uma vez que se camuflam com o discurso democrático, mas isso não os isenta de sua periculosidade visto que atuam para esvaziar a democracia.²⁶¹ Assim, descobre-se que o inimigo está em nós, e isso inquieta, uma vez que o ser humano prefere acreditar que o inimigo está fora, distante e é totalmente diverso daquilo que ele pensa ser.²⁶² Entretanto, é preciso enfrentar o inimigo, mesmo sem ter segurança quanto ao destino que se chegará, buscando a complementariedade entre objetivos econômicos e aspiração ao sentido.²⁶³

III. ESPELHO: TERCEIRIZAÇÃO E NEOLIBERALISMO

No Brasil, a terceirização vem se desenvolvendo por conta da descentralização das empresas num processo de externalização de atividades, que gera flexibilização da produção e do trabalho.²⁶⁴ Esse processo de externalização de atividades ocorre em diversos setores da economia, e ainda tem um efeito “cascata”, quando uma empresa contrata outra para realizar um de seus serviços, e esta passa a contratar outra para realizar outra atividade sua e assim por diante, numa sucessão de subcontratações.²⁶⁵

Segundo Aparecido Faria, os problemas estruturais dos quais as grandes empresas buscam se esvair por meio da implementação da terceirização são os fatores de produção, no

²⁵⁸ *Idem*, p. 70.

²⁵⁹ *Idem*, p. 70 e 71.

²⁶⁰ *Idem*, p. 52.

²⁶¹ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Op. Cit., p. 197.

²⁶² *Idem*, p. 200.

²⁶³ *Idem*, p. 202 e 203.

²⁶⁴ DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. São Paulo: Editora Boitempo, 1ª Edição, 1999. p. 126.

²⁶⁵ *Idem, ibidem*.

que concerne à mão-de-obra.²⁶⁶ No pensamento de que concentrar poder atrai riscos maiores, busca-se a “relocação do poder” por meio da contratação terceirizada.²⁶⁷

De acordo com Maria da Graça Druck, o sistema de terceirização japonês, agravado pela subordinação em relação às grandes empresas, gera um enfraquecimento na reação dos trabalhadores terceirizados, principalmente, porque reduz o “núcleo estável da mão-de-obra”.²⁶⁸

Já na área dos defensores da terceirização como prática modernizante do sistema produtivo, tem-se como grande expoente Jerônimo Leiria e Newton Saratt. Os juristas definem que a terceirização consiste em: “tudo o que não constitui atividade-fim da cadeia produtiva de um negócio pode ser delegado a terceiros”.²⁶⁹ Os autores buscam demonstrar que a redução do volume de mão-de-obra empregada diretamente pelas grandes empresas não significa uma contribuição para o desemprego, uma vez que esse volume seria absorvido pelas empresas terceirizadas que contratariam essa mão-de-obra que abasteceria o fornecimento de serviços à grande empresa que a havia dispensado.²⁷⁰ Assim, essas empresas terceirizadas tenderiam a crescer no mercado.²⁷¹

Os quadrinhos²⁷² a seguir mostram uma crítica a essa tese dos defensores da terceirização:



²⁶⁶ FARIA, Aparecido. Terceirização: um desafio para o movimento sindical. In: *Terceirização: Diversidade e negociação no mundo do trabalho*. São Paulo: Editora Hucitec, 1994, p. 42.

²⁶⁷ *Idem, ibidem.*

²⁶⁸ DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. Op. Cit., p. 125.

²⁶⁹ LEIRIA, Jerônimo Souto. SARATT, Newton. *Terceirização: uma alternativa de flexibilidade empresarial*. São Paulo: Editora Gente, 1995, p. 17 e 18.

²⁷⁰ *Idem, ibidem.*

²⁷¹ *Idem, ibidem.*

²⁷² DEDECCA, Claudio Salvadori. *Racionalização econômica e trabalho no capitalismo avançado*. Coleção Teses. Campinas, Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, 1999, p. 5.

A charge expressa como o primeiro argumento dos defensores da terceirização pode ser facilmente derrubado com uma consequência que eles não demonstram em sua análise dos benefícios do implemento da prática terceirizante. A terceirização gera em um primeiro momento despedidas em massa, uma vez que o objetivo é enxugar a empresa e focar o trabalho apenas na atividade principal. E, em seguida, as pequenas e médias empresas surgem criando novos empregos que irão suprir as demandas por serviços das grandes empresas.

Assim, nessa primeira análise, poder-se-ia utilizar o argumento de Jerônimo Leiria e Newton Saratt de que os empregos desfeitos pela grande empresa serão recriados pelas pequenas e médias empresas, não gerando, aparentemente, nenhum prejuízo social como o aumento da taxa de desemprego.

A respeito desse “benefício”, Jorge Luiz Souto Maior argumenta que “tenta-se ‘vender’ a terceirização como um benefício para empresários e empregados. ‘A terceirização fomenta o emprego’ - é outro chavão utilizado”.²⁷³

Entretanto, o toyotismo é marcado pela necessidade de as empresas responderem à crise financeira com um crescimento na produção sem aumentar o número de empregados, requerendo que os trabalhadores sejam multifuncionais ou polivalentes para suprir essa necessidade, mas sempre produzindo conforme a demanda do mercado e nunca em sistema de excedente (sistema *kanban*).²⁷⁴

Nesse contexto de flexibilização do aparato produtivo, ocorre também uma flexibilização dos direitos dos trabalhadores para que haja uma maior compatibilidade com as necessidades do mercado.²⁷⁵ O ponto de partida básico é um número reduzido de trabalhadores, a subcontratação e a realização de horas extras”.²⁷⁶

Assim, o belo ideal de melhorar a produtividade e a qualidade por meio da terceirização acaba, na prática, focando-se em demasia na “redução de custos”. E para que os custos sejam menores, as empresas terceirizantes acabam reduzindo os salários de seus empregados como forma de serem competitivas no mercado e corresponderem às expectativas dos empresários.²⁷⁷

²⁷³ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A terceirização e a lógica do mal. In: *Dignidade Humana e Inclusão Social – caminhos para a efetividade do Direito do Trabalho no Brasil*. Coordenadoras: Adriana Goulart de Sena, Gabriela Neves Delgado e Raquel Portugal Nunes. Editora LTr, São Paulo, p. 46.

²⁷⁴ ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. São Paulo: Cortez, Campinas SP: Editora a Universidade Estadual de Campinas, 1999, p. 23 e 24.

²⁷⁵ *Idem*, p. 28.

²⁷⁶ *Idem*, *ibidem*.

²⁷⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A terceirização e a lógica do mal. Op. Cit. , p. 46.

Para que seja mais vantajoso para a empresa tomadora terceirizar vários serviços que antes realizava por meio de seus empregados diretos, é necessário que o valor pago à empresa prestadora do serviço seja inferior ao que a tomadora dispendia com seus empregados. Considerando que a empresa prestadora também busca o lucro, ela não fará essa interposição de mão-de-obra sem auferir uma remuneração para si. Logo, os salários repassados aos empregados desta serão proporcionalmente menores ainda do que o valor contratado com a tomadora. Assim, os empregados passam a ter sua força de trabalho explorada duas vezes, uma vez pela prestadora do serviço que é sua empregadora e outra pelo tomador que não tem nenhum vínculo empregatício com eles. A força de trabalho passa a ser uma mercadoria vendida à empresa prestadora e depois revendida à tomadora, indo contrariamente à noção de que trabalho não é mercadoria.

Na terceirização, “o que se percebe, então, é a inclusão do trabalhador como mercadoria na cadeia produtiva da sociedade de trabalho”.²⁷⁸

O lucro da empresa “prestadora de serviços” não estará na fabricação de um bem, no fornecimento de um serviço especializado ou na elaboração de trabalho intelectual qualificado. **A empresa lucrará com a força de trabalho “alugada” a um tomador**, o que implica concluir: o homem perde a perspectiva da **centralidade** do trabalho. Ao invés de figurar como protagonista da relação de trabalho – ocupando um dos seus pólos –, o homem passa a ser **objeto** de uma negociação de natureza comercial.²⁷⁹

Para que as empresas prestadoras sejam competitivas no mercado precisam oferecer os serviços ao menor preço possível, para tanto reduzem repassam essa redução para os salários de seus empregados.²⁸⁰ “Com isso, agrava-se a precarização do trabalhador terceirizado: além de pertencer aos quadros de uma empresa que toma sua força de trabalho como objeto de negociação, esse trabalhador ainda verá seu empregador barganhando o valor do seu salário, com a finalidade de obter um contrato de prestação de serviços”.²⁸¹

Segundo o ex-diretor da OIT no Brasil, Armand Pereira, a utopia que pode cercar a terceirização é a sua possibilidade de criação de empregos, quando na verdade o que ela faz é apenas transferir empregos de um local a outro.²⁸²

²⁷⁸ PAIXÃO, Cristiano. Terceirização. O trabalho como mercadoria. Op. Cit. p. 8 e 9.

²⁷⁹ *Idem, ibidem.*

²⁸⁰ *Idem, ibidem.*

²⁸¹ *Idem, ibidem.*

²⁸² BARROS, Cássio Mesquita. A terceirização e a possibilidade de regulamentação. In: *Revista do direito trabalhista*, v. 17, nº 7, p. 4-10, jul. 2011.

Uma pesquisa realizada pela CRH/UFBA no período de 2004 a 2006 revela que “os terceirizados ‘valem’ entre 1,4 e cinco vezes menos que o trabalhador do quadro/núcleo permanente nessas empresas”.²⁸³ A empresa central, no modelo toyotista, reduz postos de trabalho que são absorvidos pelas subcontratadas que oferecem padrões de pactuação trabalhista mais modestos e precários.²⁸⁴

Nesse ponto, entra o humor da charge quando o primeiro personagem relata que agora, para sobreviver, o colega deverá ter no mínimo três empregos. É exatamente isso que ocorre, uma vez que, com salários reduzidos, o trabalhador deverá buscar mais fontes de renda para conseguir manter o antigo padrão de vida.

Em relação à criação de novos postos de trabalho pela terceirização, cabe salientar uma importante informação: as grandes empresas, ao enxugar seu contingente de mão-de-obra, demitem grande parte de seus funcionários e passa a contratar empresas “especializadas”, que por sua vez contratam os ex-empregados da tomadoras; ocorre que, assim, a tomadora se beneficia da qualificação e conhecimento que seus ex-empregados adquiriram anteriormente, ficando dispensada da responsabilidade pelos encargos trabalhistas que a relação de emprego antes lhe impunha.²⁸⁵

O modelo toyotista, assim, interfere nas relações de emprego, flexibilizando e desregulamentando os direitos do trabalho.²⁸⁶ Como bem expressa Ricardo Antunes, “direitos e conquistas históricas dos trabalhadores são substituídos e eliminados do mundo da produção”.²⁸⁷

Além de, na maioria das vezes, não criar e apenas transferir empregos, a terceirização pode gerar o encolhimento de cargos por conta da atribuição de várias funções a um único indivíduo como técnica toyotista. O obreiro deixa seu papel de especialista e passa a ser multifuncional, acumulando diversas funções que acabam por reduzir também o número de postos de trabalho.²⁸⁸

²⁸³ DRUCK, Graça. FRANCO, Tânia. Terceirização e precarização: o binômio anti-social em indústrias. Op. Cit., p. 114.

²⁸⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego. Entre os paradigmas da destruição e os caminhos da reconstrução*. Op. Cit., p. 48.

²⁸⁵ DRUCK, Graça. FRANCO, Tânia. Terceirização e precarização: o binômio anti-social em indústrias. Op. Cit., p. 111.

²⁸⁶ ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. Op. Cit., p. 16.

²⁸⁷ *Idem, ibidem*.

²⁸⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego. Entre os paradigmas da destruição e os caminhos da reconstrução*. Op. Cit., p. 48.

A acumulação de várias funções por um único trabalhador é mais comum entre empregados pouco qualificados; entretanto, é possível observar trabalhadores qualificados e multifuncionais.²⁸⁹ É importante destacar que a acumulação de funções deve obedecer a limites, sob pena de gerar uma ineficiência na produção pela dificuldade em se executar tantas tarefas distintas.²⁹⁰

Maria da Graça Druck ensina que a terceirização está intimamente ligada aos “programas de qualidade total”, desenvolvidos nas empresas toyotistas. Segundo a economista, nesses programas, os trabalhadores são persuadidos a interiorizar as metas e os objetivos da empresa, de modo a atingir uma maior produtividade e uma redução de custos, sob pena de serem demitidos ou terceirizados; devem, portanto, mostrar incessantemente eficiência e dedicação ao trabalho, numa espécie de “cooperação forçada”.²⁹¹ Segundo a professora e economista, “os programas de qualidade, para obter este tipo de resultado, precisam estar acompanhados da terceirização”.²⁹²

Assim, o estudo da terceirização decorre das seguintes hipóteses:

- a terceirização é o fenômeno que mais se difundiu nos últimos anos, tanto na indústria quanto no setor de serviços;
- a terceirização passa a estar presente não apenas nas atividades periféricas, mas também nas atividades centrais das empresas;
- a terceirização é uma prática que acaba desintegrando os movimentos coletivos de trabalho, que tornam-se frágeis, em prol das ações corporativistas, gerando uma concorrência entre os trabalhadores.²⁹³

Na visão empresarial a terceirização se justifica como meio de dividir responsabilidades e tarefas, para que se possa focar na sua especialidade e assim alcançar uma maior produtividade e ser competitivo no mercado.²⁹⁴ Jerônimo Leiria propõe que a terceirização seja feita não apenas para reduzir custos de produção, mas deve-se preocupar com os trabalhadores e agir pensando a longo prazo, entretanto, como aponta Maria da Graça Druck, não é isso que ocorre na prática.²⁹⁵

²⁸⁹ *Idem*, p. 51.

²⁹⁰ *Idem*, *ibidem*.

²⁹¹ DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. Op. Cit. p. 127.

²⁹² *Idem*, *ibidem*.

²⁹³ *Idem*, p. 128 e 129.

²⁹⁴ *Idem*, p. 131 a 133.

²⁹⁵ *Idem*, *ibidem*.

Já na visão sindical, os programas de qualidade e produtividade consideram apenas a qualidade do produto em detrimento do trabalhador e sua qualidade de vida, uma vez que não se estendem aos obreiros os rendimentos gerados com a melhoria da produtividade, mas há uma intensificação do ritmo de trabalho e concentração de tarefas e responsabilidades.²⁹⁶

Assim, a terceirização é contemplada pelos sindicatos como meio de minar sua atuação, uma vez que gera insegurança e competitividade entre os trabalhadores, por conta da redução do número de obreiros para a realização da mesma atividade e da contratação de empresas terceiras que pagam salários inferiores aos pagos quando a empresa maior englobava toda a atividade produtiva.²⁹⁷

Em consonância com essa visão mostrada por Maria da Graça Druck, o sociólogo francês Pierre Bourdieu tece importante crítica ao sistema neoliberal, que serve de contexto e pano de fundo para a prática da terceirização. Assim, é fácil verificar os elementos presentes na prática da terceirização que se coadunam com o neoliberalismo, quando não são idênticos.

Para Pierre Bourdieu, o discurso neoliberal é um “discurso forte”, por ter a seu favor “todas as forças de um mundo de relações de força, que ele contribui para fazer tal como é, sobretudo orientando as escolhas econômicas daqueles que dominam as relações econômicas e acrescentando assim a sua força própria”.²⁹⁸

Segundo o sociólogo francês, esse discurso gera um sistema que busca destruir os coletivos, buscando tratar apenas com os indivíduos, impedindo resistência à lógica do mercado.²⁹⁹ Nesse sentido, Tzvetan Todorov também faz uma análise de como o modelo neoliberal tem um discurso contrário ao coletivo:

Na base do pensamento neoliberal encontra-se de fato uma antropologia problemática, que apresenta o homem como um ser autossuficiente, essencialmente solitário, que só pontualmente precisa dos outros seres ao seu redor. Isso contradiz tudo aquilo que a psicologia, a sociologia ou a história, sem falar do simples bom senso, nos ensinam sobre a identidade humana, e que era bem conhecido pelos liberais clássicos, Locke ou Montesquieu, Adam Smith ou Benjamin Constant. Eles não ignoravam que o inter-humano fundamenta o humano. O humanismo, que é a grande tradição intelectual europeia, opõe-se nesse ponto preciso ao individualismo por sua insistência quanto à natureza reciprocamente social dos homens: a relação entre eles precede a construção do eu, o ser humano não pode advir sem o reconhecimento que ele encontra no olhar dos outros a seu redor. Portanto, o humanismo impõe à autonomia de cada um restrições provenientes de nossa vida necessariamente comum: o indivíduo não é somente a fonte da ação, também deve ser o objetivo dela; a exigência de universalidade deve por sua

²⁹⁶ *Idem*, p. 133 a 135.

²⁹⁷ *Idem*, p. 136 e 137.

²⁹⁸ BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos*. Op. Cit., p. 136 e 137.

²⁹⁹ *Idem*, *ibidem*.

vez, limitar o exercício da liberdade. **Os princípios de igualdade e de fraternidade não são menos fundadores da democracia do que os da liberdade; se os esquecermos, a ambição de garantir a todos a liberdade está ela mesma condenada ao fracasso.**³⁰⁰(Grifos acrescidos)

Dessa forma, a economia sob o regime neoliberal apresenta-se como uma ameaça à democracia, na medida em que desconsidera seus fundamentos de igualdade e de fraternidade, por meio da hipervalorização de uma liberdade que submete muitos a condições precárias para que alguns poucos desfrutem de uma prosperidade financeira, além de acirrar o clima de competição entre trabalhadores, empresas, países e regiões. Assim, o mundo ocidental contemporâneo experimenta um “fortalecimento sem precedentes de certos indivíduos, que com isso põem em risco o bem-estar da sociedade em seu conjunto”.³⁰¹

Nesse contexto, a base dessa ordem econômica, mascarada pelo discurso da “liberdade dos indivíduos”, encontra-se na “violência estrutural do desemprego, da precariedade e do medo inspirado pela ameaça de demissão”. Para o sociólogo francês, o desemprego “isola, atomiza, individualiza, desmobiliza e rompe com a solidariedade”.³⁰²

O contrato de trabalho é usado como a estrutura racional, juntamente com um discurso de lealdade, confiança, cooperação, para obter do trabalhador uma renúncia às suas “garantias temporais”. Segundo o sociólogo, “três quartos das contratações são de duração determinada; a parcela dos empregados temporários não pára de crescer, a demissão individual tende a não estar mais submetida a nenhuma restrição”. A maior parte das demissões injustificadas provém, segundo o autor, do “enxugamento” das empresas.³⁰³

Para Pierre Bourdieu, esse desemprego oriundo do “enxugamento” da empresa gera sentimentos como a angústia, desmoralização e conformismo no trabalhador.³⁰⁴ E tais sentimentos são deplorados pelo setor empresarial, uma vez que, nesse contexto, os dominados estão subjugados à vontade dos responsáveis pela “‘criação continuada’ de sua existência”.³⁰⁵

Assim, pode-se verificar que a prática da terceirização está totalmente imbricada, e até se mistura e se confunde, com o sistema neoliberal. A terceirização é uma prática que exemplifica o modo de vida, produção e trabalho do neoliberalismo, de forma completa,

³⁰⁰ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Op. Cit., p. 111 e 112.

³⁰¹ *Idem*, p. 89.

³⁰² BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos*. Op. Cit., p. 140.

³⁰³ *Idem, ibidem*.

³⁰⁴ *Idem*, p. 140 e 141.

³⁰⁵ *Idem*, p. 140 e 141.

tornando-o um modelo de desespero e angústia para os trabalhadores, e uma solução para ampliação de lucros dos grandes empresários.

IV. AS CONDIÇÕES DE TRABALHO DOS TERCEIRIZADOS: REFLEXOS DE PRECARIZAÇÃO

Um dos principais aspectos da acumulação flexível é a descentralização produtiva que se dá por meio da terceirização e da deslocalização industrial (descentralização geográfica), esta última é considerada como um dos maiores desafios do movimento sindical operário no Brasil.³⁰⁶ A partir dos anos 1990, a terceirização ganhou espaço como procedimento estratégico de subcontratação liderado pelas corporações transnacionais que se instalaram no Brasil.³⁰⁷

Há autores, como Almir Pazzianotto Pinto, que defendem que é preciso permitir a terceirização no Brasil para que as empresas que aqui se instalem possam ter condições de competir no mercado internacional e com isso garantam postos de trabalho e o próprio crescimento econômico do País.³⁰⁸ Para o autor, a terceirização deve ser utilizada para aperfeiçoar o sistema produtivo racionalizando as operações empresariais por meio da especialização de tarefas, não subsistindo a ideia de precarizar as relações de emprego.³⁰⁹

Entretanto, a terceirização vem mostrando que gera uma “fragmentação sistêmica do circuito de valorização”, desintegra o campo da produção de mercadorias ao mesmo tempo em que impede a formação de uma consciência coletiva de classe, pois pulveriza o coletivo do trabalho.³¹⁰ As necessidades de qualidade, produtividade e redução de custos são repassadas para as subcontratadas.³¹¹

A expansão da terceirização é analisada por Giovanni Alves da seguinte forma:

Se antes a terceirização atingia, principalmente, os serviços de apoio à produção, tais como alimentação, transporte, vigilância, assistência médica, ela tende a atingir, hoje, atividades diretamente vinculadas à esfera de produção, promovendo alterações importantes na materialidade do capital. Assim, de início, a terceirização pode atingir as tarefas menos estratégicas e

³⁰⁶ ALVES, Giovanni. *O novo (e precário) mundo do trabalho. Reestruturação produtiva e crise do sindicalismo*. Op. Cit., p. 202.

³⁰⁷ *Idem*, p. 203.

³⁰⁸ PINTO, Almir Pazzianotto. Xequemate nas armadilhas que cercam a terceirização. Entrevista. In: *Consulex: revista jurídica*, v. 16, n. 359, p. 4-7, jan. 2012.

³⁰⁹ *Idem, ibidem*.

³¹⁰ ALVES, Giovanni. *O novo (e precário) mundo do trabalho. Reestruturação produtiva e crise do sindicalismo*. Op. Cit., p. 203 e 204.

³¹¹ *Idem*, p. 204.

especializadas, que exigem trabalho pouco qualificado, para depois atingir o trabalho mais qualificado, oferecendo uma divisão especializada do processo produtivo aliada à manutenção do nível tecnológico.³¹²

Enquanto o empresariado empregador considera a terceirização um fenômeno de inovação organizacional, para os trabalhadores ela representa uma maior instabilidade e precariedade da relação de trabalho.³¹³ Empresários vislumbram ganhos da especialização das empresas por meio da transformação de custos fixos em custos variáveis, permitindo que um aumento de demanda da tomadora gere um crescimento nas contratações de serviços, porém uma possível retração na demanda não irá gerar rescisões em contratos trabalhistas.³¹⁴

Jorge Luiz Souto Maior analisa o processo de surgimento das empresas que prestam serviços terceirizados no Brasil:

Vários são os exemplos dessa precarização. As experiências de formação das empresas de prestação de serviços no Brasil, demonstram que aquela pessoa que antes se identificava como o “gato”, ou seja, aquele que angariava trabalhadores para outras empresas (tática que inviabilizava o adimplemento dos créditos trabalhistas, pela dificuldade de identificação do real empregador, reforçado pela ausência de idoneidade econômica do “gato”), foi, como um passe de mágica, transformado em “empresário”, titular de empresas de prestação de serviços. Legalizou-se a prática, mas não se alterou o seu efeito principal: o dismantelamento da ordem jurídica protetiva do trabalhador.

Em concreto, **a terceirização, esta “técnica moderna de produção”, nos termos em que foi regulada pelo Enunciado nº 331, do TST, significou uma espécie de “legalização” da redução dos salários e da piora das condições de trabalho dos empregados.**³¹⁵ (Grifos acrescidos)

Essa situação do novo empresário que angaria força de trabalho para prestar serviços a vários tomadores gera inclusive uma dificuldade do empregado em identificar a quem deve reclamar seus direitos trabalhistas quando vai ao Judiciário.³¹⁶ Em virtude desta problemática, muitas vezes o empregado abandona a ação judicial, perdendo a concretização de seus direitos.³¹⁷

³¹² *Idem*, p. 205.

³¹³ DAU, Denise Motta. A expansão da terceirização no Brasil e a estratégia da CUT de enfrentamento à precarização do trabalho. In: DAU, Denise Motta. RODRIGUES, Iram Jácome. CONCEIÇÃO, Jefferson José da. (Org.) *Terceirização no Brasil: Do discurso da inovação à precarização do trabalho (atualização do debate e perspectivas)*. São Paulo: Annablume Editora, 2009, p. 169.

³¹⁴ *Idem*, *ibidem*.

³¹⁵ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A terceirização sob uma perspectiva humanista. In: *Revista TST*, Brasília, vol. 70, nº1, jan/jul, 2004, p. 120 e 121.

³¹⁶ *Idem*, p. 121.

³¹⁷ *Idem*, *ibidem*.

Além de não haver a criação de novos empregos (como argumentam os militantes pró-terceirização), as empresas terceirizadas atuam na base de acordos e convenções coletivas que permitem a implementação de condições de trabalho inferiores às existentes na grande empresa, com aumento de horas extras trabalhadas, ausência de controle da jornada de trabalho.³¹⁸ Os efeitos da terceirização nas condições de trabalho mais comuns são:

A precarização envolve, entre outros aspectos: a redução dos salários e benefícios; o trabalho sem registro em carteira; o incremento de jornada; a redução de postos de trabalho; a ausência de responsabilidade solidária da empresa contratante; a quebra de solidariedade entre os trabalhadores, entre tantos outros efeitos.

.....
...Os efeitos da terceirização nas condições de trabalho – e, portanto, na saúde – é, em todo o mundo, uma das maiores preocupações do movimento sindical. A terceirização, frequentemente, resulta em intensificação do trabalho e no **incremento de situações de risco, elevando a ocorrência de acidentes e doenças.** (...) No setor de energia elétrica a terceirização tem levado vários trabalhadores terceirizados à morte por choques de alta tensão, em função de jornadas de trabalho excessivas, treinamentos inadequados oferecidos pelas empreiteiras e descumprimento das medidas de proteção individuais e coletivas por parte das empresas contratantes e contratadas.³¹⁹
(Grifos acrescidos)

Em relação ao argumento de que a terceirização precariza a condição dos trabalhadores da prestadora de serviços, inclusive submetendo-os a salários inferiores aos dos empregados contratados diretamente pela empresa tomadora, Almir Pazzianotto Pinto posiciona-se contrariamente afirmando que em lugar algum é possível encontrar uma isonomia total e o crescimento salarial é alcançado somente por meio da qualificação, não restando, assim, espaço para a atuação sindical promover melhorias nos salários dos trabalhadores.³²⁰

Para Almir Pazzianotto Pinto, a terceirização é adotada por muitas empresas para reduzir o custo da administração de pessoal, e não necessariamente para reduzir o preço da mão de obra, racionalizando a produção.³²¹

Entretanto, Denise Motta Mau demonstra que, diferentemente da terceirização japonesa que visa à especialização e ao aperfeiçoamento de qualidade por meio de parcerias, a

³¹⁸ DAU, Denise Motta. A expansão da terceirização no Brasil e a estratégia da CUT de enfrentamento à precarização do trabalho. Op. Cit, p. 172.

³¹⁹ *Idem, ibidem.*

³²⁰ PINTO, Almir Pazzianotto. Xequemate nas armadilhas que cercam a terceirização. Entrevista. Op. Cit.

³²¹ *Idem, ibidem*

terceirização brasileira apenas foca na redução de custos, muitas vezes com uma queda na qualidade dos serviços terceirizados, precarizando e flexibilizando o trabalho.³²²

Cabe aqui importante crítica feita por Ciro Pereira da Silva a respeito da incorporação do “outsourcing” estrangeiro ao sistema de produção brasileiro, além dos problemas advindos pela ausência das devidas adaptações:

Lamentável é que, orgulhosos da criatividade, insistam em copiar, muitas vezes irracionalmente, aquilo que deu certo no Japão ou nos Estados Unidos, sem se preocupar com adaptações culturais e peculiaridades regionais. Muitos já sabem que os Estados Unidos praticaram largamente o outsourcing e hoje percorrem o caminho inverso em vários campos, fazendo o insourcing das atividades que a experiência demonstrou serem necessárias à administração pela própria empresa.

(...) a terceirização que busca resultados apenas em razão do custo está praticando um ato que pode ser qualificado de qualquer coisa, menos de terceirização, no sentido de que esta decisão apóia-se em princípios éticos, técnico e de busca de melhoria de qualidade e produtividade. (...) preço jamais poderá ser o determinante exclusivo em um processo sério de terceirização, e os efeitos negativos aparecerão rapidamente.³²³

Um fato curioso é a desterceirização, mesmo que temporária, de algumas grandes indústrias por conta de problemas de custo e qualidade. Giovanni Alves relata o exemplo da indústria automobilística Scania:

(...) a Scania, em São Bernardo do Campo, contratou, há dois anos, 150 operários para voltar a fazer dentro da fábrica a montagem de cabines de caminhões. Segundo um sindicalista do Sindicato dos Metalúrgicos do ABC, os problemas que levaram à desterceirização foram de qualidade: “As cabines chegavam com defeitos e nós tínhamos que fazer o serviço de novo”(Liliana Pinheiro, ‘Qualidade faz empresas recuar da terceirização’, O Estado de S. Paulo, 16/out./1997).³²⁴

Assim, a terceirização tão largamente difundida e ancorada no discurso da eficiência e modernização, em alguns casos já vem mostrando seu esgotamento pela incapacidade de cumprir o que seu discurso base sustenta.

Além dessas desvantagens, a nova terceirização também fragmenta e pulveriza o coletivo operário impendendo-o de intervir no espaço de produção e de resistir às usurpações

³²² DAU, Denise Motta. A expansão da terceirização no Brasil e a estratégia da CUT de enfrentamento à precarização do trabalho. Op. Cit., p. 170.

³²³ SILVA, Ciro Pereira da. *A terceirização responsável*. São Paulo: Editora LTr, 1997, pp. 25 e 26.

³²⁴ ALVES, Giovanni. *O novo (e precário) mundo do trabalho. Reestruturação produtiva e crise do sindicalismo*. Op. Cit. , p. 207 e 208.

do capital, capturando a subjetividade operária.³²⁵ A terceirização cria cisões no estatuto salarial das categorias que passam a ser subcontratadas e nos cargos que o terceirizado pode ocupar.³²⁶

O operário “terceirizado”, apesar de ser metalúrgico, não é reconhecido como tal, sendo discriminado com relação não apenas a salários, mas a cargos. Ele nunca se tornará mestre, supervisor, encarregado, etc., uma vez que, no interior da hierarquia da empresa contratante, não há espaço para os operários terceirizados. **Além disso, a própria estrutura sindical corporativa, inscrita na CLT, apresenta entraves burocráticos que permitam que os trabalhadores terceirizados possam ser representados pelo sindicato dos metalúrgicos, por exemplo.** Apesar de trabalharem em firmas que compõem a categoria metalúrgica, os trabalhadores não podem ser representados pelo sindicato dos metalúrgicos (...).³²⁷ (Grifos acrescidos)

Um dos maiores reflexos das contratações flexíveis e sua característica de precariedade está na diferença salarial percebida pelos trabalhadores com contratos via terceirização e os assalariados formais diretos da tomadora, um exemplo drástico encontra-se presente no Distrito Federal, onde os empregados em regime flexível ganham 56% menos que os assalariados da modalidade padrão, segundo dados de pesquisas do DIEESE no período 2006-2007.³²⁸ Verificam-se também expressões dessa precariedade quanto ao pagamento da Previdência, uma vez que 100% dos assalariados formais são segurados e apenas 30% dos flexíveis desfrutam dessa proteção social, conforme ilustram as tabelas a seguir.³²⁹

TABELA 1 - Rendimento médio real dos ocupados, no trabalho principal, Segundo forma de inserção ocupacional – Regiões metropolitanas e Distrito Federal

	Belo Horizonte	Distrito Federal	Porto Alegre	Recife	Salvador	São Paulo
Total de ocupados	987	1.523	1.028	658	822	1.140
Contratados	1.016	1.734	1.042	726	908	1.169
À margem da modalidade padrão	706	913	739	463	607	799
Na modalidade padrão	1.116	2.095	1.141	667	1.049	1.342
Trabalhadores independentes	887	957	1.004	493	607	1.047
Conta própria	740	796	856	447	540	858

³²⁵ ALVES, Giovanni. *O novo (e precário) mundo do trabalho. Reestruturação produtiva e crise do sindicalismo*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2000, p. 266.

³²⁶ *Idem*, p. 267.

³²⁷ *Idem*, *ibidem*.

³²⁸ TEIXEIRA, Marilane. PELATIERI, Patrícia. Terceirização e precarização do mercado de trabalho brasileiro. In: DAU, Denise Motta. RODRIGUES, Iram Jácome. CONCEIÇÃO, Jefferson José da. (Org.) *Terceirização no Brasil: Do discurso da inovação à precarização do trabalho (atualização do debate e perspectivas)*. São Paulo: Annablume Editora, 2009, p. 25 e 26.

³²⁹ *Idem*, p. 26.

Pequenos empregadores (1)	956	1.007	(2)	(2)	(2)	(2)
Profissional universitário autônomo	(2)	4.052	2.498	(2)	(2)	(2)
Empregados domésticos	390	423	451	294	303	454
Outros	2.973	4.005	2.695	(2)	2.982	3.899

Fonte: Convênio DIEESE/SEADE, MTE/FAT e convênios regionais. PED- Pesquisa de Emprego e Desemprego. Elaboração: DIEESE

(1) Empregadores com até 5 empregados e com ganhos até o rendimento mediano nominal mensal

(2) A amostra não comporta a desagregação para esta categoria

Nota: Inflator utilizado: IPCA/BH/IPEAD; INPC-DF/IBGE; IPC-IEPE/RS; INPC-RMR/IBGE; IPC-SE/BA; ICV-DIEESE/SP

TABELA 2 - Proporção de ocupados que contribuem à previdência, Segundo forma de inserção ocupacional- Regiões Metropolitanas e Distrito Federal

Fonte: Convênio DIEESE/SEADE, MTE/FAT e convênios regionais. PED- Pesquisa de Emprego e Desemprego.

Elaboração: DIEESE

(1) Empregadores com até 5 empregados e com ganhos até o rendimento mediano nominal mensal.

(2) A amostra não comporta a desagregação para esta categoria.

	Belo Horizonte	Distrito Federal	Porto Alegre	Recife	Salvador	São Paulo
Total de ocupados	68,2	64,6	72,5	54,5	81,6	63,4
Contratados	83,6	80,1	83,3	74,3	60,6	76,0
À margem da modalidade padrão	32,7	34,6	32,4	26,2	38,5	23,9
Na modalidade padrão	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
Trabalhadores independentes	20,9	11,5	38,6	8,7	14,6	22,1
Conta própria	16,5	8,1	31,6	7,3	12,1	18,5
Pequenos empregadores (1)	60,3	(2)	74,1	(2)	(2)	36,7
Profissional universitário autônomo	41,6	(2)	74,4	(2)	(2)	54,8
Empregados domésticos	50,3	41,9	51,5	32,9	35,4	58,6
Outros	68,5	57,4	77,8	28,7	62,8	50,6

Conforme o relato do caso dos metalúrgicos acima transcrito, em diversas áreas os terceirizados sofrem uma discriminação quanto a cargos, salários e até quanto ao direito à sindicalização.³³⁰ Com relação aos salários, uma das razões impulsionadoras da terceirização é a redução de custo de produção por meio da precarização do mundo do trabalho, contando com a flexibilidade produtiva para ao atendimento ao novo padrão de concorrência capitalista

³³⁰ ALVES, Giovanni. *O novo (e precário) mundo do trabalho. Reestruturação produtiva e crise do sindicalismo*. Op. Cit., p. 267 e 268.

por meio da debilitação dos salários.³³¹ Uma pesquisa do DIEESE intitulada “Os trabalhadores frente à terceirização”, feita em 1993, mostra como os salários e benefícios sociais dos trabalhadores terceirizados são inferiores aos dos empregados da empresa principal, bem como aqueles sofrem com piores condições ambientais e de segurança no trabalho.³³² Veja-se:

TABELA 3

Efeitos da terceirização sobre as condições de trabalho	
Diminuição do benefícios sociais	72,5%
Salários mais baixos	67,5%
Ausência de equipamentos de proteção/ falta de segurança/insalubridade	2,5%
Trabalho menos qualificado	17,5%
Trabalho sem registro	7,5%
Perda de representação sindical	5,0%
Jornada mais extensa	5,0%

Fonte: DIEESE, 1993.³³³

Assim, a terceirização permite que as empresas tomadoras ou principais isentem-se de pagar encargos trabalhistas e previdenciários, além de não ter que aplicar os direitos advindos dos acordos coletivos firmados com seus empregados diretos aos terceirizados.³³⁴ Ocorre, assim, uma divisão dentro da própria classe de trabalhadores entre “privilegiados” e “perdedores”, por meio de discriminações advindas da descentralização produtiva, desregulamentação e flexibilização exigidas pela cultura neocorporativista.³³⁵

Além da baixa remuneração, não há investimento em qualificação profissional do terceirizado, uma vez que implicaria em custos, que é tudo que a prestadora quer evitar para que seu produto final seja mais atrativo, ou seja, baixo preço.³³⁶

Essas afirmações quanto à diferença salarial podem ser comprovadas por pesquisa elaborada pela CUT no período de 2010-2011, que teve como produto a tabela a seguir:

TABELA 4 - Distribuição percentual dos trabalhadores diretos e terceirizados por faixa salarial, 2010

Faixa Salarial

De 1 a 2 salários mínimos (de R\$546,00 a 1.090,00) De 2 a 3 salários mínimos (de R\$1.091,00 a R\$1.635,00) De 3 a 4 salários mínimos (de R\$ 1.636,00 a R\$2.180,00) De 4 a 6 salários mínimos (de R\$2.181,00 a R\$3.270,00) Acima de 6 a 8 salários mínimos (de R\$3.271,00 a R\$4.360,00) Acima de 8 salários mínimos (acima de R\$4.361,00)

³³¹ *Idem*, p. 268.

³³² *Idem*, *ibidem*.

³³³ *Idem*, p. 269.

³³⁴ *Idem*, *ibidem*.

³³⁵ *Idem*, p. 271.

³³⁶ PAIXÃO, Cristiano. Terceirização. O trabalho como mercadoria. Op. Cit.

Faixa Salarial	Terceiros	Diretos
De 1 a 2 salários mínimos (de R\$ 546,00 a 1.090,00)	48%	29%
De 2 a 3 salários mínimos (de R\$ 1.091,00 a R\$ 1.635,00)	36%	23%
De 3 a 4 salários mínimos (de R\$ 1.636,00 a R\$ 2.180,00)	12%	13%
De 4 a 6 salários mínimos (de R\$ 2.181,00 a R\$ 3.270,00)	4%	17%
Acima de 6 a 8 salários mínimos (de R\$ 3.271,00 a R\$ 4.360,00)	0	10%
Acima de 8 salários mínimos (acima de R\$ 4.361,00)	0	8%
Total	100%	100%

Fonte: Pesquisa de Percepção dos Trabalhadores em Setores e empresas selecionados, CUT, 2010-2011.

Além disso, verifica-se ainda uma diferença quanto à jornada em condições mais desgastantes para o terceirizado, como mostra a seguinte tabela elaborada por DIEESE/CUT em 2011:

TABELA 5 - Condições de trabalho e terceirização
Condições de trabalho

Condições de trabalho	Setores tipicamente contratantes	Setores tipicamente terceirizados	Diferença Terceirizados/Contratante
Remuneração de dezembro (R\$)	1.824,2	1.329,4	-27,1
Tempo de emprego	5,8	2,6	-55,5
Jornada semanal contratada (horas)	40h	43h	7,1

Fonte: Rais, 2010. Elaboração DIEESE/CUT Nacional, 2011. Nota: setores agregados segundo Classe/CNAE 2.0. Não estão contidos os setores da agricultura. Esses dados foram obtidos na RAIS 2010 *On line*.

Retirado de: http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie_terceirizacao_cut.pdf

Assim como na iniciativa privada, a terceirização pela Administração Pública vem acompanhada de salários mais baixos e menos benefícios para os terceirizados em comparação com aqueles que possuem vínculo direto com o tomador do serviço, inclusive quando ambos desempenham as mesmas funções.³³⁷ Além dessas desvantagens, os terceirizados encontram-se em condições de maior vulnerabilidade, pois não são atendidos com as mesmas condições de segurança do trabalho, também são submetidos a maiores jornadas de trabalho.³³⁸ Outro ponto que diferencia os trabalhadores públicos dos terceirizados é a diferenciação no uniforme e dos espaços de trabalho, como refeitórios, banheiros, e outros.³³⁹

³³⁷ JUNIOR, Fausto Augusto. SILVA, Lliane Maria Barbosa da. ALMEIDA, Max Leno de. SILVA, Patrícia Pereira da. Terceirização no setor público brasileiro. In: DAU, Denise Motta. RODRIGUES, Iram Jácome. CONCEIÇÃO, Jefferson José da. (Org.) *Terceirização no Brasil: Do discurso da inovação à precarização do trabalho (atualização do debate e perspectivas)*. São Paulo: Annablume Editora, 2009, p. 122.

³³⁸ *Idem, ibidem*.

³³⁹ *Idem*, p. 123.

A seguinte tabela reflete um pouco dessa realidade por meio de dados colhidos da Petrobrás.

TABELA 6 - Quadro comparativo de direitos na Petrobrás entre trabalhadores diretos e terceiros

Direitos	Diretos	Terceira
Formação acadêmica	Superior Completo	Superior Completo
Exigência da função	Prestou concurso para nível médio	Nível médio
Salário médio	R\$ 2.800,00	R\$ 1.300,00
Auxílio refeição	R\$ 600,00	R\$ 291,00
PLR	R\$ 17.000,00	Não recebe
Horas extras	100-150%	Segue a lei (50%-100%)
Transporte Funcionário	Paga 6% (recebe antecipado)	Funcionário paga 6% (recebe atrasado)
Auxílio educação	Dependentes e após 28 anos se for solteiro	Não tem

Fonte: http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie_terceirizacao_cut.pdf

A terceirização ainda exclui o trabalhador terceirizado da integração social no ambiente em que presta o serviço, pois a tomadora tende a evitar qualquer caracterização de subordinação direta.³⁴⁰ Com relação aos recorrentes acidentes de trabalho que acometem os terceirizados, Jorge Luiz Souto Maior apresenta a seguinte reflexão:

Há, ainda, outro efeito pouco avaliado, mas intensamente perverso que é o da irresponsabilidade concreta quanto à proteção do ambiente de trabalho. Os trabalhadores terceirizados, não se integrando a CIPAs e não tendo representação sindical no ambiente de trabalho, subordinam-se a trabalhar nas condições que lhe são apresentadas, sem qualquer possibilidade de rejeição institucional. O ambiente do trabalho, desse modo, é relegado a segundo plano, gerando aumento sensível de doenças profissionais. Essa foi a realidade criada, ou pelo menos incentivada, pelo Enunciado nº 331 do TST, razão pela qual torna-se urgente repensá-lo.³⁴¹

Estudos da OIT indicam que 4% do produto interno bruto mundial (cerca de US\$ 1, 25 trilhão) é gasto direta e indiretamente com custos de acidentes e doenças profissionais, sem contar os trabalhos informais.³⁴² Pesquisas do DIEESE apontam que os acidentes de trabalho são mais frequentes entre trabalhadores terceirizados, por carecerem de equipamentos de proteção individual e estarem sujeitos a condições mais precárias e insalubres, sendo tratados

³⁴⁰ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A terceirização sob uma perspectiva humanista. Op. Cit., p. 122.

³⁴¹ *Idem., ibidem.*

³⁴² BARROS, Cássio Mesquita. A terceirização e a possibilidade de regulamentação. In: *Revista do direito trabalhista*, v. 17, nº 7, p. 4-10, jul. 2011.

muitas vezes como trabalhadores de segunda classe em relação aos empregados diretos da tomadora.³⁴³

Agravando essa situação de total falta de isonomia, ainda há discriminação por parte dos trabalhadores empregados diretamente pela tomadora em relação aos terceirizados. Como filosofia de gestão dos terceirizados e dos empregados diretos que prestam serviços para a tomadora, esta discursa pela cooperação incitada pelo medo da perda do emprego.³⁴⁴ Com a diferença de tratamento entre empregados diretos e os terceirizados pela tomadora, criam-se condições para o surgimento de discriminação entre os próprios trabalhadores, fomentada por uma relação de desconfiança entre os empregados diretos da tomadora com relação aos terceirizados, uma vez que estes estão de passagem pela empresa tomadora.³⁴⁵

Assim, a terceirização revela-se como uma técnica que, com a promessa de melhoria de produtividade e eficiência para as empresas, acaba por gerar uma piora das condições de trabalho e de remuneração dos obreiros que são contratados para prestar serviços a alguém diverso de seu empregador. Na tentativa de remediar essa situação, o Ministério Público do Trabalho tem atuado contra a precarização do trabalho terceirizado tanto em empresas privadas quanto no setor público, de forma a preservar o cumprimento das garantias trabalhistas.³⁴⁶ Entretanto, ainda se verificam várias violações.

No âmbito das organizações sindicais e entidades privadas que defendem os trabalhadores, é possível encontrar resistência contra a precarização que os terceirizados vêm sofrendo. Denise Motta Dau relata que, no período de 1990 a 2003, a CUT centralizou sua atuação na luta contra a terceirização.³⁴⁷ Entretanto, poucos sindicatos buscaram apoiar esse posicionamento da CUT por meio de acordos e convenções coletivas; não houve a aprovação de uma lei regulamentando a terceirização; a Súmula 331 do TST mostra-se insuficiente para impedir a precarização das relações subcontratadas e o judiciário, em grande parte, aceita a terceirização como modo de modernizar a gestão das empresas.³⁴⁸

Como os trabalhadores não contam com uma legislação que regule inteiramente a prática da terceirização no Brasil, apoiam-se na Súmula nº 331, do Tribunal Superior do

³⁴³ *Idem, ibidem.*

³⁴⁴ DRUCK, Graça. FRANCO, Tânia. Terceirização e precarização: o binômio anti-social em indústrias. Op. Cit., p. 115.

³⁴⁵ *Idem*, p. 117.

³⁴⁶ *Idem*, p. 118.

³⁴⁷ DAU, Denise Motta. A expansão da terceirização no Brasil e a estratégia da CUT de enfrentamento à precarização do trabalho. Op. Cit., p. 168.

³⁴⁸ *Idem*, p. 168.

Trabalho.³⁴⁹ No entendimento de Denise Motta Dau, “na prática, o Enunciado tem sido referência para julgar a terceirização ilícita como fato consumado, ao invés de impedi-la”.³⁵⁰ A autora justifica sua afirmação explicando que no Enunciado não há referência à igualdade entre direitos dos trabalhadores diretos e terceirizados e suas condições de saúde, segurança; não há previsão da responsabilidade solidária da tomadora (apenas subsidiária, em caso de reclamação trabalhista); a Súmula 331 ainda não possui efeito vinculante, o que confere maior amplitude para tratamento do tema pelos diversos juízes trabalhistas, além de deixar aberta a expressão “atividade-fim”.³⁵¹

³⁴⁹ *Idem*, p. 173.

³⁵⁰ *Idem*, *ibidem*.

³⁵¹ *Idem*, p. 174.

4. CAPÍTULO 3 – UMA ANÁLISE AMPLA DA TERCEIRIZAÇÃO E DE SUA REGULAMENTAÇÃO

I. ETIMOLOGIA E CONCEITO

Antes de se desenvolverem os problemas que envolvem a prática trabalhista, é preciso conhecer a conceituação da terceirização para que se tenham os limites em que ela se caracteriza, bem como seu espectro de atuação. O conceito permite, portanto, uma noção sobre a área de domínio que uma expressão busca representar. Assim, com o termo terceirização não seria diferente, por isso segue uma análise de seu conceito.

A socióloga Nadya Araujo Guimarães entende que o mercado de intermediação de oportunidades de trabalho é um mercado que se inclui dentro do próprio mercado de trabalho, que possui suas demandas e ofertas.³⁵² Esse mercado de intermediação de força de trabalho da forma como se difundiu e institucionalizou é um fenômeno recente na história capitalista, que baseia-se em um crescimento no número de agentes de modo a reduzir custos de transação de forma considerada até paradoxal.³⁵³ A intermediação de empregos é protagonizada por três atores: aquele que vende sua força de trabalho, aquele que compra a força de trabalho e o intermediador nessa compra e venda.³⁵⁴ O intermediador pode institucionalizar-se na forma de uma agência de empregos (apenas divulgando informações sobre oferta e procura de empregos) ou sob a forma de empresa de trabalho temporário e/ou terceirizado (realizando a circulação da própria força de trabalho por agenciamento e locação de trabalhadores a ser absorvida pela empresa tomadora do serviço).³⁵⁵

A figura do intermediário está presente não apenas no mercado de trabalho, como também no mercado financeiro por meio dos intermediários na circulação de moedas, realizando uma espécie de comércio.³⁵⁶ A transposição da figura do intermediário para a seara trabalhista ganhou vigor apenas no pós-guerra com o objetivo de atender ao mercado de trabalho e às necessidades de reestruturação produtiva das empresas.³⁵⁷ Inicialmente despontaram as agências privadas de emprego que cobravam pelo serviço de colocação, mas

³⁵² GUIMARÃES, Nadya Araujo. Trajetórias surpreendentes: os intermediadores de emprego e seus trabalhadores. In: DAU, Denise Motta. RODRIGUES, Iram Jácome. CONCEIÇÃO, Jefferson José da. (Org.) *Terceirização no Brasil: Do discurso da inovação à precarização do trabalho (atualização do debate e perspectivas)*. São Paulo: Annablume Editora, 2009, p. 49 e 50.

³⁵³ *Idem*, p. 51.

³⁵⁴ *Idem*, *ibidem*.

³⁵⁵ *Idem*, p. 51 e 52.

³⁵⁶ *Idem*, p. 52.

³⁵⁷ *Idem*, p. 52 e 53.

logo foram reguladas pelo Convênio 96 da Organização Internacional do Trabalho.³⁵⁸ A Convenção 96 da OIT determina a supressão progressiva e limitada no tempo de escritórios remunerados de empregados com fins lucrativos por meio de sua substituição por um serviço público de emprego, com o objetivo de eliminar os abusos desses escritórios.³⁵⁹

No que tange à etimologia do termo, segundo Gabriela Neves Delgado, alguns estudiosos, como Arion Sayão Romita, entendem que a palavra terceirização advém de “terciarização”, uma vez que “o terceiro é aquele que não é parte na relação jurídica firmada, não transparecendo tal figura na terceirização da mão-de-obra”.³⁶⁰ Entretanto, Gabriela Neves Delgado ensina que essa concepção não é a mais adequada tendo em vista que “a terceirização não se confunde com a terciarização”.³⁶¹ Isso ocorre porque esta é um ramo da economia (setor terciário) e aquela é uma prática de contratação trabalhista.³⁶²

Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado ensina que o termo “terceirização” advém de um neologismo da expressão terceiro, no sentido de “intermediário”. O termo foi cunhado pelo setor de administração de empresas, como forma de expressar a descentralização de atividades da empresa principal para outras de menor porte.³⁶³

Nesses termos, Gabriela Neves Delgado define o termo terceirização da seguinte forma:

(...) relação trilateral que possibilita à empresa tomadora de serviços (“empresa cliente”) descentralizar e intermediar suas atividade acessórias (atividade-meio), para empresas terceirizantes (“empresa fornecedora”), pela utilização de mão-de-obra terceirizada (“empregado terceirizado”), o que, do ponto de vista administrativo, é tido como instrumento facilitador para a viabilização da produção global, vinculada ao paradigma da eficiência nas empresas.³⁶⁴

Dessa forma, a terceirização é a fórmula que “permite a desconexão entre a relação socioeconômica de real prestação laborativa e o vínculo empregatício do trabalhador que seria

³⁵⁸ *Idem*, p. 53.

³⁵⁹ Convenção nº 96, OIT, artigo 3º. Disponível em: < <http://www.oitbrasil.org.br/node/464> > Acesso em 06.12.2012.

³⁶⁰ DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. São Paulo: Editora LTr, 2003, p. 137 e 138.

³⁶¹ *Idem, ibidem*.

³⁶² *Idem, ibidem*.

³⁶³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo, Editora LTr, 2010, p. 414.

³⁶⁴ DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. Op. Cit., p. 142.

correspondente com o próprio tomador de seus serviços”.³⁶⁵ Ocorre, assim, uma separação artificial entre o tomador de serviços e o empregador do obreiro, pela intermediação da empresa prestadora de serviços.³⁶⁶ Há ainda uma distinção entre terceirização trabalhista e terceirização empresarial. A terceirização trabalhista é aquela que apresenta dois vínculos: um socioeconômico de prestação do serviço e outro vínculo empregatício, assim, o trabalhador presta serviço para a empresa tomadora, mas é empregado da empresa terceirizada.³⁶⁷ Já a terceirização empresarial é fruto da descentralização empresarial por meio de subcontratação de outras empresas que possuem empregados próprios.³⁶⁸

A terceirização é definida pelo economista Paulo Sandroni, como “prática empresarial de contratar externamente, isto é, com outras empresas, produtos e serviços necessários ao seu processo produtivo”.³⁶⁹ Entretanto, a prática que geralmente era relacionada com “atividades periféricas ou complementares de uma empresa” ocorre atualmente também na “atividade primordial de uma empresa”.³⁷⁰

Na visão de Aparecido Faria, a terceirização é utilizada no Brasil como sinônimo de “outsourcing”.³⁷¹ Entretanto, no entendimento do autor, o Brasil não conseguiu implementar o “outsourcing” da mesma maneira que os países industrializados fizeram por meio “[d]a busca de suprimentos”.³⁷²

A terceirização transforma a clássica relação definida pelos papéis de trabalhador e empregador, uma vez que quem passa a usufruir diretamente dos serviços prestados pelo trabalhador não é mais seu empregador, mas o tomador dos serviços que contratou o verdadeiro empregador deste obreiro para a prestação das atividades.³⁷³ Inicialmente, a terceirização não gerava essa desvinculação como explica Cristiano Paixão:

Originalmente, “terceirização” era considerada uma prática que não envolvia o desprendimento do trabalhador da relação com o tomador de serviços: terceirização era simplesmente a contratação, por uma empresa, de uma outra pessoa jurídica para a consecução de um fim determinado. Por

³⁶⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego. Entre os paradigmas da destruição e os caminhos da reconstrução*. Op. Cit., p. 43.

³⁶⁶ *Idem*, p. 44.

³⁶⁷ *Idem, ibidem*.

³⁶⁸ *Idem, ibidem*.

³⁶⁹ SANDRONI, Paulo. *Novíssimo dicionário de economia*. São Paulo, Editora Best Seller, 9ª Edição, 2002, p. 601.

³⁷⁰ *Idem, ibidem*.

³⁷¹ FARIA, Aparecido. *Terceirização: um desafio para o movimento sindical*. In: *Terceirização: Diversidade e negociação no mundo do trabalho*. São Paulo: Editora Hucitec, 1994, p. 42.

³⁷² *Idem, ibidem*.

³⁷³ PAIXÃO, Cristiano. *Terceirização. O trabalho como mercadoria*. Op. Cit.

exemplo: uma montadora de automóveis poderia – como ocorre até hoje – contratar uma empresa do ramo de autopeças para o fornecimento de uma certa mercadoria a ser utilizada na fabricação de um carro. Esse tipo de contratação não abala o modelo binário descrito acima: ambas as empresas citadas em nosso exemplo pertencem ao ramo da indústria metalúrgica; assim, os trabalhadores das duas empresas seriam regidos pela mesma norma coletiva, estariam abrangidos pelo mesmo sindicato (já que vigora, no Brasil, a unicidade sindical) e poderiam reportar-se, em suas demandas, diretamente àquela empresa tomadora de seus serviços. O mesmo raciocínio vale para empresas pertencentes a ramos de atividades diferentes (...). O que há em comum nos dois exemplos é um fato: a contratação, nesses casos de terceirização “clássica”, tem por objeto um determinado **serviço** – que normalmente assume a forma de um **produto** -, mas nunca o **trabalhador**. A força de trabalho não entra na equação.³⁷⁴

Já a terceirização atípica, em vertiginoso crescimento, coloca como objeto da contratação a ser negociado a força de trabalho de alguns indivíduos, ou seja, mão de obra.³⁷⁵ O fenômeno das empresas que surgem especialmente para fazer locação de mão de obra, “empresas que comercializam a força de trabalho das pessoas”, intensificou-se a partir da década de 1980, contribuindo para a prática da terceirização “atípica”.³⁷⁶ Essa mudança foi amparada, inclusive, jurisprudencialmente quando, em 1993, o Enunciado nº 256 foi alterado para ampliar as hipótese de terceirização lícita para além do trabalho temporário e serviços de vigilância, autorizando para atividades-meio que requerem serviços especializados.³⁷⁷ A grande diferença que surge é que apesar do trabalhador terceirizado laborar no mesmo local, se submeter aos mesmos gerentes e chefes que o empregado direto da tomadora, ele é empregado da prestadora de serviços.³⁷⁸

A terceirização permite à tomadora a transformação de custos fixos em custos variáveis por meio da transferência de atividades paralelas a uma empresa especializada.³⁷⁹

Há ainda um desdobramento da terceirização por meio de um fenômeno denominado quarteirização.³⁸⁰ Esta ocorre quando “uma ou mais empresas são formadas ou contratadas com a única função de administrar os contratos com as terceiras. São empresas que não executam nenhuma atividade de fabricação, sendo apenas responsáveis pela gestão da terceirização.”³⁸¹ Como bem explica Gabriela Neves Delgado, a quarteirização funciona como

³⁷⁴ *Idem, ibidem.*

³⁷⁵ *Idem, ibidem.*

³⁷⁶ *Idem, ibidem.*

³⁷⁷ *Idem, ibidem.*

³⁷⁸ *Idem, ibidem.*

³⁷⁹ BARROS, Cássio Mesquita. A terceirização e a possibilidade de regulamentação. Op. Cit.

³⁸⁰ DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. 1ª Edição. São Paulo, 1999, p. 156.

³⁸¹ *Idem, ibidem.*

“um mecanismo viabilizador de processo de administração e gerência do trabalho terceirizado (...) por meio de uma empresa quarta.”³⁸²

Ainda a respeito da quarteirização, Polonio afirma que “todo e qualquer serviço prestado por pessoa não vinculada à empresa contratante, independentemente da posição em que se encontra, gera os mesmos efeitos do processo de terceirização, dependendo da forma como ela se opera”.³⁸³ Assim, a quarteirização pode ser vista como uma decorrência da terceirização.

II. SUJEITOS CONTRATANTES

Gabriela Neves Delgado explica que a diferença entre a contratação trabalhista clássica e a terceirização advém de que naquela o empregado vincula-se contratualmente e presta serviços para seu empregador, já na terceirização, o trabalhador firma contrato empregatício com uma empresa terceirizante ou prestadora de serviços e trabalha para a empresa tomadora. Assim, com a empresa terceirizante, o obreiro firma relação jurídica de emprego, já com a empresa tomadora, relação econômica de trabalho.³⁸⁴

Assim, verifica-se que os sujeitos contratantes numa prática de terceirização são três: o tomador de serviços/empresa tomadora; a empresa terceirizante ou prestadora de serviços e o obreiro terceirizado.

III. TIPOS DE TERCEIRIZAÇÃO

Como todo fenômeno complexo e amplamente difundido pelo mundo, a terceirização expressa-se de diferentes formas e contornos.

De acordo com Aparecido Faria, há dois tipos de terceirização. O tipo ou modelo advindo dos países industrializados, chamado “outsourcing”, busca um crescimento tanto na produtividade quanto na competitividade e qualidade, por meio de parcerias entre empresas,

³⁸² DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. Op. Cit., p. 142.

³⁸³ POLONIO, Wilson Alves. *Terceirização: aspectos legais, trabalhistas e tributários*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 128.

³⁸⁴ DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*, Op. Cit., p. 139 e 140. Para Mauricio Godinho Delgado, o problema da terceirização consiste justamente no fato de que essa relação trilateral gera desajustes na função protetiva do Direito do Trabalho à medida em que descaracteriza o modelo bilateral clássico da relação de emprego. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora LTr, 2010, p. 414.

visando um ganho a longo prazo com a “satisfação do cliente”.³⁸⁵ Assim, nesse modelo, a empresa delega a terceiros as atividades que não são sua especialidade, buscando uma maior qualidade final e consequentemente redução de custos, uma vez que a empresa que é especializada tem maior conhecimento e capacidade para produzir com maior eficiência e menores gastos.³⁸⁶ De acordo com o verdadeiro “outsourcing”, são terceirizados os setores de “apoio básico à produção”, como serviços de limpeza, segurança, transportes, entre outros.³⁸⁷

Segundo a economista Maria da Graça Druck, na terceirização japonesa, as micro, pequenas e médias empresas oferecem como contraprestação matérias-primas, produtos intermediários e até mão-de-obra temporária às grandes empresas.³⁸⁸ E para permanecerem no mercado, as empresas subcontratadas devem adaptar-se às exigências das grandes empresas para corresponder à “flexibilidade de pedidos” de quem as contrata, e tudo isso reduzindo os custos de produção.³⁸⁹

Já o outro modelo, adotado pelo Brasil, Aparecido Faria chama de “outsourcing tupiniquim”, e caracteriza-o como uma prática que está em “antagonismo com os empregados e com o movimento sindical”. Na visão do autor, esse modelo gera uma “desconfiança generalizada – desconfia-se dos empregados, dos fornecedores e do mercado”, por isso a prática acaba visando o ganho a curto prazo, que implica em perda para uma das partes contratantes, no caso a mão-de-obra contratada por via terceira.³⁹⁰

Conforme ensina Gabriela Neves Delgado, há dois tipos de terceirização. A primeira é chamada de terceirização de serviços e caracteriza-se pela incorporação do trabalho de terceiros pela empresa tomadora. Nas palavras da professora: “A tomadora continua sendo responsável pela produção de bens e atividades, com a única ressalva de que utilizará mão-de-obra terceirizada”.³⁹¹ Esse tipo de terceirização é regulado pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.³⁹²

O segundo tipo de terceirização existente denomina-se de terceirização de atividades e caracteriza-se pelas “relações de trabalho trilaterais estabelecidas entre empresas

³⁸⁵ FARIA, Aparecido. Terceirização: um desafio para o movimento sindical. In: *Terceirização: Diversidade e negociação no mundo do trabalho*. São Paulo: Editora Hucitec, 1994, p. 43 e 44.

³⁸⁶ *Idem, ibidem.*

³⁸⁷ *Idem, ibidem.*

³⁸⁸ DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. Op. Cit., p. 123 e 124.

³⁸⁹ *Idem, ibidem.*

³⁹⁰ FARIA, Aparecido. Terceirização: um desafio para o movimento sindical. In: *Terceirização: Diversidade e negociação no mundo do trabalho*. Op. Cit., p. 43.

³⁹¹ DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. Op. Cit., p. 120.

³⁹² *Idem, ibidem.*

parceiras”.³⁹³ Para este modelo adota-se a tese do grupo econômico, no qual as empresas são interdependentes e possuem responsabilidade solidária perante seus trabalhadores, uma vez que estes podem prestar serviços a todas as empresas pertencentes ao grupo.³⁹⁴ A terceirização de atividades pode ser presenciada com bastante nitidez no setor de produção automotora, mais especificamente no setor da indústria automobilística.³⁹⁵

Nesse sentido, Maria da Graça Druck vislumbra na indústria automobilística brasileira: uma “*rede de fábricas fornecedoras* de autopeças para as empresas montadoras de automóveis, como parte da estrutura produtiva do setor”.³⁹⁶ Segundo a autora, é um modelo importado do Japão, em que estão presentes as “empresas coligadas” e as “empresas cooperadoras”.³⁹⁷ Nesse modelo não há propriamente uma externalização das atividades da empresa, mas a produção se estrutura desse modo, o diferencial é que esse modelo está se expandindo.³⁹⁸

Um bom exemplo do segundo estágio da terceirização (*smartsourcing*) no sistema brasileiro e que representa a terceirização de atividades na indústria automobilística pode ser verificado na fábrica da Volkswagen em Rezende-RJ.³⁹⁹

Esta fábrica, com poucos empregados, cerca de 500, produz o mesmo volume que outras empresas que empregam número maior de trabalhadores.⁴⁰⁰ A explicação consiste no fato da Volkswagen terceirizar não apenas atividades como limpeza e transporte, mas serviços que antes eram considerados essenciais para a atividade da empresa, como, por exemplo, a pintura externa do carro.⁴⁰¹

A respeito desse exemplo da fábrica da Volkswagen em Resende-RJ, o economista Paulo Sandroni caracteriza-o como um exemplo de terceirização chamado “Consórcio Modular”, o qual não deixa de ser uma terceirização de atividades.⁴⁰² Esse sistema foi criado com o objetivo de aprimorar a qualidade dos produtos e a produtividade. Segue seu relato sobre o funcionamento do sistema:

A idéia básica é que cada fornecedor de peças e componentes execute a montagem da peça que forneceu e seja responsável pela qualidade de seu

³⁹³ *Idem, ibidem.*

³⁹⁴ *Idem*, p. 121.

³⁹⁵ *Idem*, p. 122.

³⁹⁶ DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. Op. Cit., p. 154.

³⁹⁷ *Idem, ibidem.*

³⁹⁸ *Idem, ibidem.*

³⁹⁹ SILVA, Ciro Pereira da. *A terceirização responsável*. São Paulo: Editora LTr, 1997, p. 29.

⁴⁰⁰ *Idem, ibidem.*

⁴⁰¹ *Idem, ibidem.*

⁴⁰² SANDRONI, Paulo. *Novíssimo dicionário de economia*. Op. Cit., p. 124.

produto. Esse processo de “terceirização” da parte mais importante de uma planta desse tipo (a linha de montagem) significa que nela apenas uma porção muito pequena – de 10 a 15% - são funcionários da própria empresa. Os demais são vinculados às empresas fornecedoras, denominadas parceiros. (...) Cada empresa tem uma “doca” especial para descarregar suas peças, e, durante a montagem do veículo, não intervêm os funcionários da Volkswagen; apenas um funcionário denominado “maestro” supervisiona todas as etapas de produção de um determinado número de veículos. Os funcionários da empresa só entram na fase de teste dos caminhões. Todo caminhão, no entanto, sai da fábrica com a assinatura do “maestro”, o responsável pela qualidade daquele veículo diante dos consumidores.⁴⁰³

Como já apresentado, o outro tipo de terceirização é a relativa a serviços. A terceirização de serviços, encontra-se mais presente, no caso brasileiro, nos setores de “apoio sócio-administrativo das empresas”, como alimentação, limpeza, segurança, telefonia, transporte, entre outros, nos termos da Súmula 331 do TST. Entretanto, já é possível verificar a presença da terceirização também nas atividades-fins das empresas, inclusive no setor público de forma a descumprir o enunciado sumular, em substituição à abertura de concursos.⁴⁰⁴

Conforme ensina Gabriela Neves Delgado, a terceirização de serviços abarca quatro grupos de terceirização lícita, de acordo com a Súmula 331 do TST.⁴⁰⁵ São então hipóteses de terceirização de serviços: o trabalho temporário, os serviços de vigilância, os serviços de conservação e limpeza e os serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.⁴⁰⁶

Como única modalidade de terceirização temporária, a Lei nº 6.019/74 disciplina o trabalho temporário, que também é contemplado pela regulação do inciso I da Súmula 331 do TST.⁴⁰⁷ Já as formas de terceirização permanente admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro são os serviços de vigilância (regulados pela Lei 7.102/70 e inciso III da Súmula 331 do TST), serviços de conservação e limpeza (previstos no inciso I da Súmula 331, TST) e serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador (disciplinada pelo inciso I da Súmula 331, TST).⁴⁰⁸ No que se refere aos serviços de vigilância, inicialmente, essa modalidade de terceirização permanente era prevista apenas para o setor bancário, mas

⁴⁰³ *Idem, ibidem.*

⁴⁰⁴ DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. Op. Cit., p. 125 e 126.

⁴⁰⁵ *Idem*, p. 143.

⁴⁰⁶ DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. Op. Cit., p. 143.

⁴⁰⁷ *Idem*, p. 143 e 144.

⁴⁰⁸ *Idem, ibidem.*

posteriormente foi ampliada para outros ramos que tenham tais serviços como atividades-meio.⁴⁰⁹

O que motiva a contratação temporária são diversos eventos que ocorrem na empresa, como licenças, afastamentos temporários por motivo de férias, bem como períodos de maior produtividade da empresa ou acúmulo de serviços. Assim, a contratação temporária é permitida em duas hipóteses: “substituição de pessoal regular e permanente ou acréscimo extraordinário de trabalho”.⁴¹⁰

Como ensina Polonio, “o contrato será individual e deve ser celebrado por escrito entre a empresa de trabalho temporário e o trabalhador, seu empregado; (...) sendo, contudo, nula de pleno direito qualquer cláusula proibitiva da contratação do trabalhador pela empresa tomadora do serviço”.⁴¹¹

De acordo com a Lei nº 6.019/74, o contrato temporário deve ser firmado tanto entre a empresa terceirizante e a tomadora do serviço, quanto entre a empresa terceirizante e o trabalhador.⁴¹² No contrato entre as empresas, deve constar a hipótese em que se enquadra a pactuação temporária, e esta deve ter prazo máximo de três meses, prorrogável por igual período, sob pena de configurar relação trabalhista direta entre o obreiro e a empresa tomadora, conforme os artigos 2º e 3º da CLT.⁴¹³

Deve ainda ser garantido ao trabalhador temporário uma “remuneração equivalente à dos empregados da mesma categoria da empresa tomadora do serviço”, bem como todos os demais direitos trabalhistas garantidos pela CLT e pela CF referentes à remuneração, como registro na Carteira de Trabalho, salário mínimo, etc.⁴¹⁴

O trabalhador temporário tem seus direitos⁴¹⁵ garantidos pelo artigo 12 da Lei nº 6.019/74, mas a jurisprudência vem trabalhando no sentido de estender ao trabalhador temporário os mesmos direitos relativos às verbas contratuais que o trabalhador comum possui.⁴¹⁶

⁴⁰⁹ *Idem, ibidem.*

⁴¹⁰ POLONIO, Wilson Alves. *Terceirização: aspectos legais, trabalhistas e tributários*. Op. Cit., p. 27.

⁴¹¹ *Idem, ibidem.*

⁴¹² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. Cit., p. 435.

⁴¹³ POLONIO, Wilson Alves. *Terceirização: aspectos legais, trabalhistas e tributaries*. Op. Cit., p. 28.

⁴¹⁴ *Idem*, p. 27.

⁴¹⁵ São eles: direito a um salário equitativo em relação aos dos empregados da mesma categoria da empresa tomadora, jornada de no máximo 8 horas diárias e 44 horas semanais (salvo exceções previstas em lei), adicional de 50% pelas horas extras trabalhadas, férias proporcionais, repouso semanal remunerado e em feriados, adicional noturno, indenização por demissão sem justa causa, seguro contra acidente de trabalho, previdência social, assinatura da Carteira de Trabalho, vale-transporte e FGTS. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora LTr, 2010, p. 437.

⁴¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. Cit., p. 438.

No trabalho temporário não deve haver vínculo contratual entre a empresa tomadora e o trabalhador temporário.⁴¹⁷ Isso se dá porque o contrato é firmado com a empresa de serviço temporário.⁴¹⁸ Entretanto, na ausência de cumprimento dos deveres trabalhistas por parte da empresa de serviço temporário, a empresa tomadora se responsabiliza pelos débitos trabalhistas em relação ao trabalhador, tendo em vista que esta empresa tem responsabilidade subsidiária.⁴¹⁹ No caso de ilicitude na contratação ou execução do contrato de trabalho temporário, a responsabilidade da empresa tomadora será solidária em relação à empresa terceirizante.⁴²⁰

A contratação temporária também pode ocorrer no âmbito da Administração Pública. Por determinação da Constituição Federal de 1988 (artigo 37), o ingresso em cargo ou emprego público da Administração direta ou indireta deve ser precedido por concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os cargos de livre nomeação, comissão e exoneração.⁴²¹ Entretanto, o inciso IX, do artigo 37 da Constituição Federal, permite a contratação temporária em casos excepcionais de acordo com o interesse público (assistência a situações de calamidade pública, combate a epidemias, etc.), e regulamentação legal especial.⁴²²

O segundo grupo de atividades terceirizadas refere-se aos serviços de vigilância que se estenderam para conservação, limpeza, entre outros serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, todos regulados pela Lei nº 7.102/82 (que em um primeiro momento se restringia ao segmento bancário) e pela Súmula 331, inciso III, TST (estendendo a prática a outros segmentos além do bancário).⁴²³

Gabriela Neves Delgado salienta que neste segundo grupo é importante determinar o que seja atividade-meio de uma empresa, para que se verifique se a aparente terceirização não configura uma fraude.⁴²⁴ Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado elabora a seguinte definição de atividade-fim e de atividade-meio:

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo

⁴¹⁷ POLONIO, Wilson Alves. *Terceirização: aspectos legais, trabalhistas e tributários*. Op. Cit., p. 28.

⁴¹⁸ *Idem, ibidem*.

⁴¹⁹ *Idem, ibidem*.

⁴²⁰ *Idem, ibidem*.

⁴²¹ *Idem*, p. 29.

⁴²² *Idem*, p. 29 a 31.

⁴²³ DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. Op. Cit., p. 144.

⁴²⁴ *Idem*, p. 145 a 146.

inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços.

Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresarias e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços (...). São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços.⁴²⁵

Polônio define “serviço especializado”⁴²⁶ como “aquele serviço que exija certa habilidade ou conhecimento específico para sua realização”, e cita como exemplos os serviços de encanador, eletricista, entre outros “especialmente treinados e experientes ou com formação acadêmica para tal”.⁴²⁷

Já as atividades-fim são definidas com grande dificuldade, uma vez que não há consenso na doutrina, como “qualquer serviço, cuja paralisação implique descontinuidade das operações normais da empresa, e do cumprimento de seu objeto social, são necessárias e, portanto, essenciais”.⁴²⁸ Assim, tudo o que não for atividade-fim, por exclusão, será atividade-meio e, portanto, poderá ser terceirizada de acordo com o inciso III da Súmula 331 do TST.

O crescimento da terceirização avançou de tal forma que passou a atingir setores nucleares das empresas, de forma a contrariar o discurso da terceirização como técnica de especialização, o que inviabilizou a distinção entre atividade-fim e atividade-meio.⁴²⁹

Assim, esses são os tipos de terceirização lícita autorizados pela Súmula 331 do TST.

IV. REGULAMENTAÇÃO LEGAL E JURISPRUDENCIAL DA TERCEIRIZAÇÃO

No direito comparado, não há unanimidade a respeito da licitude da terceirização. Na Espanha, a terceirização é autorizada pelo artigo 42 do Estatuto dos Trabalhadores, mas este estabelece a responsabilidade solidária entre tomadora e prestadora pelas obrigações trabalhistas referentes ao contrato até um ano após o fim deste, salvo se a tomadora houver fiscalizado o cumprimento de tais encargos pela prestadora.⁴³⁰ No México, é proibida a

⁴²⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. Cit., p. 425.

⁴²⁶ Vale lembrar que o trabalhador temporário deve ser qualificado e especializado para o desempenho da atividade contratada, ainda que essa qualificação seja básica relativa à função que desempenhará, para que se configure corretamente a terceirização nas duas hipóteses possíveis (necessidade transitória de substituição de pessoal ou acréscimo de serviço em proporção extraordinária). DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo, Editora LTr, 2010, p. 434 e 435.

⁴²⁷ POLONIO, Wilson Alves. *Terceirização: aspectos legais, trabalhistas e tributários*. Op. Cit., p. 34.

⁴²⁸ *Idem*, p. 34 e 35.

⁴²⁹ DRUCK, Graça. FRANCO, Tânia. Terceirização e precarização: o binômio anti-social em indústrias. Op. Cit., p. 104.

⁴³⁰ BARROS, Cássio Mesquita. A terceirização e a possibilidade de regulamentação. Op. Cit.

contratação de mão de obra por empresa interposta, salvo nos casos de empresas especializadas.⁴³¹ Na Argentina, a terceirização é permitida desde que seja de atividade diversa da desenvolvida pela tomadora.⁴³² Na França, é vedada qualquer intermediação de mão de obra ou *marchandage* desde 1848, o mesmo ocorre na Itália por meio da Lei nº 264/49.⁴³³ Já na Alemanha, nos Estados Unidos e no Japão, a terceirização é amplamente praticada; nos EUA, a terceirização horizontaliza-se inclusive para outras partes do mundo como Hong Kong, Coréia, China e Cingapura; no Japão, até mesmo a atividade fim da empresa pode ser terceirizada e os sindicatos são favoráveis a esse movimento por entenderem que melhora os resultados da empresa.⁴³⁴

A Organização Internacional do Trabalho regulamentou a intermediação de mão de obra através da Convenção nº 34 de 1933 e da Convenção nº 96 de 1949.⁴³⁵ O Brasil ratificou a Convenção nº 96, mas em 1972 denunciou-a para regulamentar o trabalho temporário através da Lei 6.019/72 e, posteriormente pela Lei nº 7.102/83 normatizou a contratação de vigilantes bancários por empresa interposta, bem como pela Lei nº 8.863/84 relativa a seguranças.⁴³⁶

Segundo o entendimento de Cássio Mesquita Barros, a OIT posicionou-se a favor da terceirização por meio da Convenção nº 161 de 1985, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 127/91, permitindo a terceirização de atividades de assistência médica.⁴³⁷

Por ter sido editada ainda na vigência dos modelos produtivos fordista e taylorista, a CLT não possui previsão expressa a respeito da terceirização⁴³⁸, mas apenas a práticas que se aproximam dela como a empreitada e a subempreitada, conforme consta nos artigos 455 e 652, a, III.⁴³⁹

⁴³¹ *Idem, ibidem.*

⁴³² *Idem, ibidem.*

⁴³³ *Idem, ibidem.*

⁴³⁴ *Idem, ibidem.*

⁴³⁵ *Idem, ibidem.*

⁴³⁶ *Idem, ibidem.*

⁴³⁷ *Idem, ibidem.*

⁴³⁸ Para Almir Pazzianotto Pinto, a terceirização teve sua primeira normatização no Brasil por meio da Lei nº 4.886/65, a qual regulamentou as atividades dos representantes comerciais autônomos. No entendimento do autor, essa lei foi ignorada pelo Tribunal Superior do Trabalho ao editar a Súmula 256, uma vez que esta proibia a terceirização de serviços, o que dificultou a legalização da prática terceirizante. Assim, a terceirização passou a ser fundamentada nos contratos de prestação de serviços com base no Código Civil de 1916, e posteriormente no Código Civil de 2002. O que restou terminantemente proibido foi a contratação e a locação de mão de obra por empresa interposta. In: PINTO, Almir Pazzianotto. Xequemate nas armadilhas que cercam a terceirização. Entrevista. In: *Consullex: revista jurídica*, v. 16, n. 359, p. 4-7, jan. 2012.

⁴³⁹ CAFFARO, Leonardo de Mello. O pós-positivismo, o Direito do Trabalho e a noção de interesse público – A terceirização na Administração Pública e a Súmula n. 331 do TST em questão. In: *Revista LTr: legislação do trabalho*, v. 74, n. 12, dez. 2010, p. 1475.

No âmbito da Administração Pública, foi editado o Decreto-lei nº 200/1967 para regulamentar a contratação do trabalho terceirizado como forma de descentralização administrativa de tarefas executivas por meio de prévia licitação, sem uma preocupação em especificar quais seriam essas tarefas executivas passíveis de terceirização.⁴⁴⁰ Para suprir essas lacunas, foi promulgada a Lei nº 5.645/70, fazendo menção a atividades de transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza, entre outras semelhantes, mas sempre destacando que essas atividades não podem corresponder a atividade-fim da Administração Pública.⁴⁴¹

Para o setor privado, foi promulgada a Lei 6.019/74, regulando o trabalho temporário, e, posteriormente, a Lei 7.102/83 disciplinando a terceirização permanente de serviços de vigilância bancária, que em seguida foi ampliada para outros segmentos além do bancário.⁴⁴²

Além das produções legislativas, a jurisprudência também atuou no sentido de regulamentar a prática da terceirização no Brasil.⁴⁴³

A primeira regulação jurisprudencial surgiu, em 1986, por meio da Súmula 256 do TST proibindo a contratação de mão de obra por empresa interposta, para evitar a transformação do trabalho em uma mercadoria.⁴⁴⁴ Esse primeiro Enunciado foi fruto da Resolução Normativa nº 4/86, e objetivou restringir a terceirização lícita às hipóteses de trabalho temporário (Lei 6.019/74) e serviços de vigilância bancária (Lei 7.102/83), mas não fez referência ao Decreto nº 200/67 nem à Lei 5.645/70.⁴⁴⁵ Havia, assim, a manutenção da regra geral de contratação clássica.⁴⁴⁶

Posteriormente, a Instrução Normativa nº 7 de 21.02.90 permitiu a intermediação de trabalhadores para atividades não essenciais da empresa, o que foi reforçado pela Lei nº 8.036/91 ao incluir empresas locadoras de mão de obra como contribuintes do FGTS.⁴⁴⁷

Em 1993, a Súmula 256 sofreu um processo de revisão aprovado pela Resolução Administrativa nº 23/93 e foi substituída pelo Enunciado nº 331, que em 2000 sofreu uma

⁴⁴⁰ DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. São Paulo: Editora LTr, 2003, p. 128.

⁴⁴¹ *Idem*, p. 129.

⁴⁴² *Idem*, p. 129 e 130.

⁴⁴³ *Idem*, p. 135.

⁴⁴⁴ BARROS, Cássio Mesquita. A terceirização e a possibilidade de regulamentação. Op. Cit.

⁴⁴⁵ DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. Op. Cit., p. 135.

⁴⁴⁶ *Idem, ibidem*.

⁴⁴⁷ BARROS, Cássio Mesquita. A terceirização e a possibilidade de regulamentação. Op. Cit.

alteração em seu inciso IV.⁴⁴⁸ Por fim a Súmula 331 sofreu nova revisão em 2010, como será melhor detalhado adiante.

Em seguida, a Lei das Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), em seu artigo 94, regulou a terceirização de atividade-fim do setor de telecomunicações.⁴⁴⁹

Como se observa, no Brasil, não há ainda legislação específica regulando a terceirização, sendo esta regulada primordialmente pela Súmula 331 do TST; em razão disso, há projetos de lei em tramitação no Congresso buscando normatizar essa prática com base na realidade socioeconômica brasileira.⁴⁵⁰

V. EVOLUÇÃO DA SÚMULA 331

A prática da terceirização se desenvolveu ao longo de vários anos no mercado de trabalho, tanto público como privado, sem qualquer regulamentação específica e pormenorizada, inicialmente com as atividades de conservação e limpeza. Até que em 1986, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº 256 buscando uniformizar a jurisprudência a respeito dessa prática e em 1993 essa súmula foi revista e atualizada pela Súmula nº 331, da mesma corte.⁴⁵¹

Inicialmente a Súmula 256 do TST tratava da terceirização como possibilidade bilateral excetiva de contratação de trabalho, uma vez que a regra era a contratação direta de emprego. Assim, como ensina Maurício Godinho Delgado, caso houvesse qualquer irregularidade ou problema na terceirização, imediatamente considerava-se estabelecido vínculo de emprego entre o tomador do serviço e o trabalhador, inicialmente contratado pela empresa terceirizante.⁴⁵²

Entretanto, a Súmula 256 do TST começou a mostrar-se insuficiente para responder às situações reais de terceirização que se apresentavam, um exemplo é o da presença desta prática na Administração Pública, considerando-se que o artigo 37 da CF/88 restringia o acesso a cargos e empregos públicos à prévia realização de concurso público.⁴⁵³

⁴⁴⁸ DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. Op. Cit., p. 136.

⁴⁴⁹ BARROS, Cássio Mesquita. A terceirização e a possibilidade de regulamentação. Op. Cit.

⁴⁵⁰ *Idem, ibidem*.

⁴⁵¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. Cit., p. 416.

⁴⁵² *Idem*, p. 421 e 422.

⁴⁵³ *Idem*, p. 422.

Como resposta à essa insuficiência veio a Súmula 331 do TST determinando a responsabilidade subsidiária também aos “órgãos da Administração Pública direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista” no caso de irregularidade na prática da terceirização.⁴⁵⁴ Assim, a Súmula 331 “incorporou as hipóteses de terceirização aventadas pelo Decreto-lei nº 200/67 e da Lei nº 5.645/70”, em conformidade com a CF/88.⁴⁵⁵

O primeiro item da Súmula 331 proíbe a “*marchandage*” (transformação do trabalho em mercadoria), exceto no caso de trabalho temporário ou por meio de autorização legal.⁴⁵⁶ O segundo item da Súmula refere-se à terceirização na Administração Pública em busca de maior eficiência.⁴⁵⁷ Nesse sentido, o Decreto-Lei 200/1967 estabelece diretrizes para empresas criadas para terceirizar mão de obra para a Administração Pública.⁴⁵⁸ Em seu artigo 10, § 7º, o Decreto Lei 200/1967 prescreve uma descentralização das atividades da Administração Federal, tendo como um dos meios os contratos de concessão, considerando que a iniciativa privada especializada promova a atividade com maior desenvoltura e eficiência.⁴⁵⁹ Porém, a Constituição Federal exige a prévia aprovação em concurso público para a ocupação de cargos e empregos públicos, afirmando que uma contratação fora desses termos não gerará vínculo empregatício com a Administração Pública.⁴⁶⁰

O item III da Súmula 331 coloca as atividades-meio como passíveis de terceirização, exemplificando-as como atividades de limpeza, vigilância, conservação.⁴⁶¹

Além disso, no mesmo item III, a súmula 331 acrescentou a diferença entre atividade-meio e atividade-fim do tomador do serviço para caracterizar a licitude da terceirização.⁴⁶²

Jorge Luiz Souto Maior critica o critério de atividade-meio e atividade-fim utilizado pela Súmula 331 do TST para definir a licitude da terceirização, uma vez que a depender das práticas que tomadora desenvolve uma atividade pode lhe ser meio ou fim.⁴⁶³ Assim, afastando-se da realidade produtiva, o Enunciado acabou permitindo a mera intermediação de

⁴⁵⁴ *Idem.*, p. 423.

⁴⁵⁵ *Idem, ibidem.*

⁴⁵⁶ HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira. Enunciado da Súmula nº 331 do TST. Uma desconcertante tentativa de atualização jurisprudencial. In: *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, n. 3, p. 91-88, fev. 2011.

⁴⁵⁷ *Idem, ibidem.*

⁴⁵⁸ *Idem, ibidem.*

⁴⁵⁹ *Idem, ibidem.*

⁴⁶⁰ *Idem, ibidem.*

⁴⁶¹ *Idem, ibidem.*

⁴⁶² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. Cit., p. 423.

⁴⁶³ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A terceirização sob uma perspectiva humanista. Op. Cit., p. 119.

mão-de-obra que antes era ilícita no Brasil.⁴⁶⁴ Ao contrário do discurso da especialização que sustenta a propaganda da terceirização, a Súmula 331 não faz referência a essa especialização, permitindo o surgimento de várias empresas terceirizadoras para a prestação de serviços, inclusive, sem idoneidade econômica.⁴⁶⁵

No fim de maio de 2011, o Tribunal Superior do Trabalho reviu a Súmula 331, de sua autoria, em grande parte motivado pela mudança de entendimento a respeito da mesma perpetrada pelo Supremo Tribunal Federal em 26 de novembro de 2010, na ADC nº 16.

O TST manteve os incisos I, II e III da respectiva súmula conforme a redação anterior. A grande mudança mostrou-se presente no inciso IV da Súmula, que foi desmembrado no novo inciso IV e na criação dos incisos V e VI. Uma análise cuidadosa da redação dos novos incisos mostra uma conformação do entendimento do TST em relação à nova compreensão conferida pelo STF a respeito da relação entre terceirização e Administração Pública.

A antiga redação do inciso IV da Súmula 331, TST, apresentava o seguinte conteúdo:

TST, Súmula 331, IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n. 8.666 de 21-6-1993). Redação determinada pela Resolução n. 96, de 11 de setembro de 2000.

O antigo inciso IV de certo modo garantia ao trabalhador a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, mesmo que este pertencesse à Administração Pública, desde que o órgão da Administração que fosse tomador dos serviços houvesse participado da relação processual e constasse no título executivo judicial. Assim, o trabalhador terceirizado que prestasse serviço à Administração Pública ainda tinha nesta a garantia de seus créditos trabalhistas, sem a necessidade de comprovar culpa do ente público.

Entretanto, o julgamento da ADC nº 16 pelo STF⁴⁶⁶ trouxe uma nova interpretação para a Súmula 331, que gerou repercussões no TST a ponto de alterar a redação deste enunciado sumular no que tange ao inciso IV e ainda levou ao acréscimo dos incisos V e VI, redação produzida e divulgada no fim do mês de maio de 2011, com o texto que segue.

⁴⁶⁴ *Idem*, p. 120.

⁴⁶⁵ *Idem*, *ibidem*.

⁴⁶⁶ Esta decisão será melhor analisada no tópico “II. MUDANÇAS NA APLICAÇÃO DA SÚMULA 331 EM RELAÇÃO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA”, iniciado na página 118.

TST, Súmula 331, IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.⁴⁶⁷

No que tange ao inciso IV, Súmula 331, TST, a atual redação garante a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, mas não menciona como possível tomador a Administração Pública como a antiga redação o fazia.

Para tratar da responsabilidade dos entes da Administração Pública, o TST criou o inciso V para a Súmula 331. Neste inciso, destaca-se que os entes integrantes da Administração Pública só respondem subsidiariamente nas mesmas condições do inciso IV, caso tenham atuado com culpa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, com especial destaque para a fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços na condição de empregadora. Assim, o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada não gera a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, reduzindo as fontes garantidoras das verbas trabalhistas para o obreiro terceirizado.

O inciso VI da Súmula 331, TST, apenas esclarece o alcance da responsabilidade subsidiária, que se refere aos débitos trabalhistas do período de prestação laboral.

Assim, verifica-se que a mesma crítica dirigida à mudança de entendimento do STF a respeito da aplicação do artigo 71, da Lei 8.666/93, e a antiga redação da Súmula 331, do TST, aplica-se perfeitamente à nova redação conferida pelo TST à Súmula 331, principalmente no que tange ao seu inciso V. Em vista a reduzir custos para a Administração Pública, os tribunais superiores dificultaram o acesso às fontes de garantia do trabalhador

⁴⁶⁷ Disponível em: http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_pdf_atual.pdf Acesso em 16.08.2011.

terceirizado, precarizando a situação do obreiro que presta serviços ao Poder Público e não recebe suas verbas trabalhistas da empresa terceirizada.

Em consonância com a nova redação da Súmula 331 do TST, já há jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de responsabilizar entes da Administração Pública apenas quando esta agir com culpa *in vigilando*.⁴⁶⁸

VI. BREVE ANÁLISE DO GRAU DE RESPONSABILIDADE NAS TERCEIRIZAÇÕES LÍCITA E ILÍCITA

As hipóteses lícitas de terceirização são determinadas pela Súmula 331 do TST. De acordo com o inciso III deste enunciado, na terceirização não deve haver vínculo de pessoalidade e subordinação direta entre o obreiro terceirizado e o tomador do serviço, para que não haja fraude (salvo na hipótese de trabalho temporário, ressalte-se).⁴⁶⁹

O inciso IV da Súmula 331 do TST determina como responsável principal pelos encargos trabalhistas a empresa terceirizante que possui vínculo de emprego com o trabalhador, e confere responsabilidade subsidiária à empresa tomadora dos serviços. Isso ocorre porque o tomador do serviço não possui nenhum vínculo empregatício com o obreiro, seu vínculo é contratual e com a empresa terceirizante, e sua responsabilidade subsidiária em relação a esta se dá para que o trabalhador tenha seus direitos assegurados.⁴⁷⁰

Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado tece a importante observação a respeito da terceirização de acordo com a jurisprudência:

(...) a jurisprudência admite a terceirização apenas enquanto modalidade de contratação de prestação de serviços entre duas entidades empresárias, mediante a qual a empresa terceirizante responde pela direção dos serviços efetuados por seu trabalhador no estabelecimento da empresa tomadora. A subordinação e a pessoalidade, desse modo, terão de se manter perante a empresa terceirizante e não diretamente em face da empresa tomadora dos serviços terceirizantes.⁴⁷¹

⁴⁶⁸ Como os recursos que seguem: (AIRR - 89700-55.2008.5.15.0101 , Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 29/06/2011, 6ª Turma, Data de Publicação: 05/08/2011); (RR - 111500-23.2009.5.03.0010, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 29/06/2011, 3ª Turma, Data de Publicação: 05/08/2011); (AIRR - 1667100-93.2009.5.09.0007 , Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 29/06/2011, 6ª Turma, Data de Publicação: 05/08/2011). Inteiro teor disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2089700-55.2008.5.15.0101&base=acordao&numProcInt=35302&anoProcInt=2011&dataPublicacao=05/08/2011%2007:00:00&query=> > Acesso em 16.08.2011.

⁴⁶⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. Cit., p. 425.

⁴⁷⁰ POLONIO, Wilson Alves. *Terceirização: aspectos legais, trabalhistas e tributários*. Op. Cit., p. 36.

⁴⁷¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. Cit., p. 425.

Nesse mesmo sentido, Gabriela Neves Delgado afirma que a presença de personalidade e subordinação do trabalhador em relação à empresa tomadora “implicaria a configuração da ilicitude da prática terceirizante, com a consequente fixação de vínculo empregatício clássico com o tomador de serviços”.⁴⁷²

“Quanto maior a incidência da subordinação pela própria contratada, menor o grau de autonomia da empresa terceirizante e maior a probabilidade de desvio na terceirização trabalhista”.⁴⁷³

Entretanto, em relação aos trabalhadores temporários, não vale a mesma regra no que se refere à personalidade e à subordinação entre o trabalhador o tomador dos serviços.⁴⁷⁴ Segundo o autor, isso se dá uma vez que a “lei temporária autoriza que o obreiro por ela regulado se integre, plenamente, pelo período temporário, na dinâmica própria à entidade tomadora de seus serviços”.⁴⁷⁵

Polonio explica que a primeira situação possível ocorre quando a empresa tomadora do serviço fica caracterizada como a empregadora e, assim, estabelece-se um vínculo direto de emprego entre esta e o trabalhador, quando este tiver seu consentimento viciado⁴⁷⁶ que gera como consequência a responsabilização exclusiva do tomador pelo ato simulado.⁴⁷⁷

É importante colocar que se a empresa terceirizante, figurando como empresa interposta na simulação, pagou qualquer verba trabalhista, a empresa tomadora deverá pagar apenas a diferença devida, para que o obreiro não obtenha locupletamento ilícito.⁴⁷⁸

A respeito da responsabilidade dos contratantes, é necessário que o tomador dos serviços figure como litisconsórcio passivo na reclamação trabalhista e conste no título executivo judicial⁴⁷⁹ para que seja responsável pelos créditos do trabalhador.⁴⁸⁰

⁴⁷² DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. Op. Cit., p. 144.

⁴⁷³ *Idem*, p. 149.

⁴⁷⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. Cit., p. 425 e 426.

⁴⁷⁵ *Idem, ibidem*.

⁴⁷⁶ Como explica Polonio, apesar do trabalhador participar da terceirização dissimulada, ele aceita a simulação por estar em situação hipossuficiente. Assim, de acordo com o autor, nesses casos, o trabalhador teve seu consentimento viciado o que lhe confere legitimidade para demandar em juízo contra seu empregador. POLONIO, Wilson Alves. *Terceirização: aspectos legais, trabalhistas e tributários*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 108.

⁴⁷⁷ POLONIO, Wilson Alves. *Terceirização: aspectos legais, trabalhistas e tributários*. Op. Cit., p. 125 e 126.

⁴⁷⁸ *Idem, ibidem*.

⁴⁷⁹ Uma crítica que se faz à redação da Súmula 331 consiste na teratologia da expressão que exige que a tomadora conste no título executivo para ter sua responsabilidade reconhecida. Essa dicção coloca como pressuposto da imputação da responsabilidade da tomadora a sua condenação constando em título executivo judicial. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira. Enunciado da Súmula nº 331 do TST. Uma desconcertante tentativa de atualização jurisprudencial. Op. Cit.

Outra hipótese possível é que a empresa terceirizante seja determinada como empregadora, caso a terceirização seja regular e não haja qualquer tipo de simulação. Assim, os encargos trabalhistas são de responsabilidade exclusiva da empresa contratada pela empresa tomadora.⁴⁸¹

Em caso de irregularidade na terceirização do trabalho, será descaracterizada a relação de emprego entre a empresa terceirizante e o trabalhador, e a relação empregatícia passará a vigorar entre o obreiro e a empresa tomadora dos serviços.⁴⁸² Cabe aqui a seguinte explicação da professora Gabriela Neves Delgado a respeito do tema e o sentido da Súmula 331 do TST: “Assim, se se entender que a empresa terceirizante é conivente com a ilicitude perpetrada, nada mais justo do que responsabilizá-la, *solidariamente*, junto à tomadora do serviço.”⁴⁸³

Apesar da responsabilidade solidária só ser permitida no ordenamento jurídico brasileiro quando houver prescrição em lei ou pela vontade das partes, nos termos do artigo 265 do Código Civil de 2002, alguns doutrinadores entendem que ela possa ser aplicada mesmo além dessas hipóteses para que haja uma maior eficiência na satisfação de débitos.⁴⁸⁴

Jorge Luiz Souto Maior critica a utilização do termo “responsabilidade subsidiária” na Súmula 331 do TST, por admitir que quando há a condenação da tomadora, esta responde por toda a dívida juntamente com a prestadora, caracterizando uma solidariedade e não uma responsabilidade subsidiária como o enunciado apresenta.⁴⁸⁵ Sendo que o que poderia haver entre prestadora e tomadora é o instituto do benefício de ordem, presente também na fiança (art. 1.491, CC); entretanto, a solidariedade é incompatível com a figura do benefício de ordem, e também não há previsão em lei para a aplicação do instituto em casos de terceirização.⁴⁸⁶

Dessa forma, resta como única opção para garantir os direitos do trabalhador a responsabilidade solidária (no caso, sem benefício de ordem) da tomadora, que, assim, poderá responder por toda a dívida, após a declaração judicial com base na culpa *in eligendo*.⁴⁸⁷ Com uma aplicação do artigo 265 do CC combinada com o artigo 455 da CLT (fazendo uma analogia entre a subempreitada e a terceirização), é possível aferir a responsabilidade solidária

⁴⁸⁰ POLONIO, Wilson Alves. *Terceirização: aspectos legais, trabalhistas e tributários*. Op. Cit., P 125 E 126.

⁴⁸¹ *Idem*, p. 126.

⁴⁸² DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. Op. Cit., p. 151.

⁴⁸³ *Idem, ibidem*.

⁴⁸⁴ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A terceirização sob uma perspectiva humanista. Op. Cit., p.126.

⁴⁸⁵ *Idem, ibidem*.

⁴⁸⁶ *Idem*, p. 126 e 127.

⁴⁸⁷ *Idem*, p. 127.

entre o tomador e a prestadora, uma vez que permite ao trabalhador acionar diretamente o tomador dos serviços (empreiteiro), dando a este o direito de regresso contra a prestadora (subempreiteiro).⁴⁸⁸ Esta solidariedade também pode ser aferida dos seguintes dispositivos legais: art. 15, §1º da Lei nº 8.036/90 e art. 2º, I, do Decreto nº 99.684/90 (FGTS) e Ordem de Serviço nº 87/83 (contribuições previdenciárias).⁴⁸⁹

Considerando essa construção, Jorge Luiz Souto Maior entende que, com base no artigo 9º da CLT, seria nula qualquer cláusula contratual que excluísse a responsabilidade solidária.⁴⁹⁰ O artigo 187 do CC também seria aplicável para vedar a exclusão por meio de contrato da solidariedade entre tomador e prestadora, por conta de tal cláusula buscar eximir a tomadora de arcar com os direitos trabalhistas de terceiros que lhe prestaram um serviço.⁴⁹¹ O artigo 942 do Código Civil também embasa a responsabilidade solidária quando se considera que o tomador também atuou como sujeito na violação de direito de terceiro, por ter assumido o risco de arcar com os encargos trabalhistas dos empregados da empresa prestadora que contratou, o que gera inclusive uma responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único, CC).⁴⁹²

Assim, a solidariedade entre tomador e prestadora, ao ser declarada judicialmente, decorre de lei (art. 942, CC), afastando-se o argumento de que a responsabilidade solidária não pode ser presumida se não estiver prevista no ordenamento ou pela vontade das partes.⁴⁹³

Com essa articulação, pretende-se dar um “tratamento jurídico à terceirização que preserve a função primordial do direito do trabalho de proteção da dignidade do trabalhador, ao mesmo tempo em que lhe garanta a possibilidade da melhoria de sua condição social”, para que a terceirização não seja usada para “fraudar direitos trabalhistas – e, muitas vezes, para desviar obrigações administrativas, quando formuladas no setor público”.⁴⁹⁴

5. CAPÍTULO 4 – TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

I. TERCEIRIZAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

⁴⁸⁸ *Idem, ibidem.*

⁴⁸⁹ *Idem, ibidem.*

⁴⁹⁰ *Idem*, p. 127 e 128.

⁴⁹¹ *Idem*, p. 128.

⁴⁹² *Idem, ibidem.*

⁴⁹³ *Idem, ibidem.*

⁴⁹⁴ *Idem*, p. 129.

No Brasil, as empresas de trabalho temporário tiveram como principal “cliente” o próprio Governo, diferentemente das norte-americanas e europeias que atendiam a demandas do setor empresarial.⁴⁹⁵ As empresas intermediadoras serviam à demanda do governo militar em reduzir gastos com a máquina administrativa (não se poderia aumentar o número de funcionários públicos, que possuíam muitos privilégios) mesmo havendo a necessidade de expandir as atividades burocráticas.⁴⁹⁶

A terceirização na Administração Pública é descrita da seguinte forma pelos economistas e sociólogos:

A terceirização no setor público nos variados campos tem se colocado como uma alternativa para a flexibilização da gestão do trabalho, apesar de ser uma opção administrativa extremamente polêmica e perversa para os trabalhadores que vêm parte de seus direitos perdidos em meio a processos de contratação, em grande parte dos casos, temporária ou mesmo via mecanismos que descaracterizam a relação de emprego.⁴⁹⁷

Além de fomentar a situação precária dos trabalhadores terceirizados, a terceirização não garante que a especialização trará resultados mais eficientes para o Estado e, considerando a menor qualificação dos terceirizados, os próprios cidadãos-usuários podem ser frustrados no atendimento de seus interesses.⁴⁹⁸

Um dos grandes problemas da terceirização está em um de seus objetivos para a empresa tomadora que é a redução de custos. Para vencer a licitação apresentando os menores custos possíveis, muitas empresas “praticam o ‘dumping social’, deixando de pagar direitos trabalhistas futuros para conseguir apresentar o menor valor”.⁴⁹⁹ Buscando reprimir esse tipo de prática socialmente predatória, foi aprovado o Enunciado nº 4 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho:

“Dumping social”. Dano à sociedade. Indenização suplementar. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido “dumping social”, motivando a necessária reação do Judiciário

⁴⁹⁵ GUIMARÃES, Nadya Araujo. Trajetórias surpreendentes: os intermediadores de emprego e seus trabalhadores. Op. Cit., p. 53.

⁴⁹⁶ *Idem, ibidem.*

⁴⁹⁷ JUNIOR, Fausto Augusto. SILVA, Lliane Maria Barbosa da. ALMEIDA, Max Leno de. SILVA, Patrícia Pereira da. Terceirização no setor público brasileiro. In: DAU, Denise Motta. RODRIGUES, Iram Jácome. CONCEIÇÃO, Jefferson José da. (Org.) *Terceirização no Brasil: Do discurso da inovação à precarização do trabalho (atualização do debate e perspectivas)*. São Paulo: Annablume Editora, 2009, p. 124.

⁴⁹⁸ *Idem, ibidem.*

⁴⁹⁹ ALBREGARD, Plínio Antônio Públio. Responsabilidade subsidiária da administração pública direta, autárquica e fundacional. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, n. 7, 2011, p. 71.

trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927, do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os arts. 652, d, e 832, parágrafo 1º, da CLT.⁵⁰⁰

A crise econômica que assolou o mundo na década de 1980 foi identificada no Brasil como consequência da crise fiscal do Estado, que gerou o redução do crescimento econômico, o aumento das taxas de desemprego e de inflação.⁵⁰¹ Para responder à crise, o Estado, imbuído da ideologia neoliberal, limita sua atuação na economia, privatizando alguns setores que buscavam fins lucrativos, adotando um papel mais gerenciador e reduzindo a máquina administrativa.⁵⁰² Assim, as atividades auxiliares às funções principais do Estado (legislar, julgar, regular, policiar, fiscalizar), como limpeza, vigilância, transporte, serviços de informática, deveriam ser terceirizadas mediante prévia licitação pública, com base na Lei 8.666/93.⁵⁰³ Ao terceirizar, a Administração Pública não assume vínculo de subordinação com o trabalhador empregado da terceirizada que lhe presta serviços.⁵⁰⁴

A terceirização pela Administração Pública brasileira não é um fenômeno da década de 1990, uma vez que já esteve presente anteriormente, sempre com o objetivo de impedir o inchaço da máquina burocrática estatal.⁵⁰⁵ O primeiro instrumento normativo a viabilizar a transferência de atividades da esfera governamental para o setor privado foi o Decreto-Lei 200/1967.⁵⁰⁶ Em seguida a Lei 8.666/93 regulou essa forma de descentralização no âmbito dos Estados, Municípios e Distrito Federal.⁵⁰⁷ Com essa autorização legal, a administração pública passou a terceirizar como forma de limitar o crescimento do déficit governamental.⁵⁰⁸

Inicialmente, o Decreto-Lei 200/67 normatizou a terceirização no âmbito da Administração Pública federal objetivando evitar o crescimento da máquina pública na execução de atividades de apoio, como limpeza e conservação.⁵⁰⁹ Em seguida, a Lei 2.271/97

⁵⁰⁰ Transcrição do enunciado obtida de ALBREGARD, Plínio Antônio Públio. Responsabilidade subsidiária da administração pública direta, autárquica e fundacional. Op. Cit., p. 71.

⁵⁰¹ JUNIOR, Fausto Augusto. SILVA, Lliane Maria Barbosa da. ALMEIDA, Max Leno de. SILVA, Patrícia Pereira da. Terceirização no setor público brasileiro. Op. Cit., p. 108.

⁵⁰² *Idem*, p. 109.

⁵⁰³ *Idem*, p. 111 e 112.

⁵⁰⁴ *Idem*, p. 112.

⁵⁰⁵ *Idem*, *ibidem*.

⁵⁰⁶ *Idem*, *ibidem*.

⁵⁰⁷ *Idem*, p. 113.

⁵⁰⁸ *Idem*, *ibidem*.

⁵⁰⁹ SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da Administração Pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público x dignidade da pessoa humana? –

passou a regulamentar a mesma prática exemplificando as atividades em que se inseria no Poder Público.⁵¹⁰ Vários administrativistas entendem que a terceirização no âmbito estatal permite economicidade, pois reduz custos com orçamento e gastos com pessoal.⁵¹¹

Entretanto, a Administração Pública não pode delegar a terceiros suas atividades-fim, salvo nos casos de concessão de serviços públicos.⁵¹² Assim, as atividades exclusivas do Estado, como a atividade de polícia que limita o exercício de direitos individuais em prol do interesse coletivo, as funções de julgar, a diplomacia, o fisco, etc., não podem ser terceirizadas.⁵¹³

No que se refere a atividades meio e atividades de gestão e planejamento de políticas públicas, a terceirização encontra limites, já os atos administrativos (expedição de autorizações, certidões, registro, etc.) não podem ser terceirizados.⁵¹⁴ O Decreto 2271/1997 regulamentou as atividades da Administração Pública direta federal que podem ser terceirizadas, bem como seus limites, como a impossibilidade de terceirizar funções abrangidas pelo Plano de Cargos e Salários.⁵¹⁵

Em 1998, a Lei 9.632 veio extinguir alguns cargos na Administração Pública, gerando a possibilidade de tais postos serem preenchidas por meio de terceirização.⁵¹⁶ Considerando a necessidade de limitar os gastos com terceirização nas esferas municipal, estadual e federal, foi editada Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000), com o fim de reduzir as despesas decorrentes de custeio e pessoal, contabilizando as despesas com mão de obra terceirizada como “Outras Despesas de Pessoal”, conforme redação do seu artigo 18, § 2º.⁵¹⁷ No artigo 72 da referida lei, há a previsão de limites percentuais dos gastos com terceirização considerando a Receita Corrente Líquida.⁵¹⁸

repercussões do julgamento da ADC nº 16 pelo STF na Súmula n. 331 do TST. In: *Revista LTr: legislação do trabalho*, v. 76, n. 6, jun. 2012, p. 722.

⁵¹⁰ *Idem, ibidem.*

⁵¹¹ *Idem., p. 723.*

⁵¹² JUNIOR, Fausto Augusto. SILVA, Lliane Maria Barbosa da. ALMEIDA, Max Leno de. SILVA, Patrícia Pereira da. Terceirização no setor público brasileiro. Op. Cit., p. 114.

⁵¹³ *Idem., ibidem.*

⁵¹⁴ *Idem., p. 114 e 115.*

⁵¹⁵ *Idem., p. 115.*

⁵¹⁶ *Idem, ibidem.*

⁵¹⁷ *Idem, p. 115 e 116.*

⁵¹⁸ *Idem, p. 116.*

Em 2003, em meio à reforma previdenciária e tributária, cogitou-se a possibilidade de ampliar as áreas do setor público passíveis de terceirização, entretanto o projeto de expansão da prática terceirizante na Administração Pública não obteve êxito.⁵¹⁹

A Administração Pública vem realizando a terceirização de suas atividades também por meio de contratos com cooperativas de trabalho e instituições sem fins lucrativos como as Organizações Sociais (OS) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).⁵²⁰ As cooperativas de trabalho são admitidas nos processos licitatórios que visam terceirizar atividades estatais; entretanto, muitas vezes essas cooperativas firmam contratos com a administração pública sem prévia licitação, principalmente na seara de serviços de saúde, com a particularidade de servidores públicos afastados ou exonerados sob a roupagem de cooperados assumirem funções sem se submeterem a normas constitucionais e infraconstitucionais dos servidores públicos, obtendo benefícios ilicitamente.⁵²¹ No que tange às OSs e OSCIPs, instituições sem fins lucrativos baseadas nas Leis nº 9.637/98 e 9.790/99, “a legislação brasileira garante a participação dessas organizações no processo de terceirização na Administração Pública”.⁵²²

Os administrativistas, em geral, encontram amparo para a terceirização pelo Poder Público no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, que autoriza a contratação de serviços mediante licitação referentes às atividades-meio do Estado, sob pena de violação ao inciso II do mesmo artigo 37 (prévia aprovação em concurso público).⁵²³ Alguns administrativistas vão além e defendem que na busca pela supremacia do interesse público, mesmo atividades fim poderiam ser terceirizadas.⁵²⁴

Maurício Godinho Delgado explica que o artigo 37, II, e § 2º, CF/88, busca “uma garantia *em favor de toda a sociedade*, em face da tradição fortemente patrimonialista das práticas administrativas públicas imperantes no país”.⁵²⁵

Nesse sentido, o inciso II da Súmula 331 do TST determina que a terceirização ilícita ou irregular “não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional”. Segundo Gabriela Neves Delgado, tal dispositivo visa estabelecer

⁵¹⁹ *Idem, ibidem.*

⁵²⁰ *Idem*, p. 118 e 119.

⁵²¹ *Idem*, p. 120.

⁵²² *Idem*, p. 121.

⁵²³ SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da Administração Pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público x dignidade da pessoa humana? – repercussões do julgamento da ADC nº 16 pelo STF na Súmula n. 331 do TST. Op. Cit., p. 719.

⁵²⁴ *Idem, ibidem.*

⁵²⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. Cit., p. 429.

que qualquer vínculo trabalhista direto firmado com a Administração Pública ocorrerá após a realização de concurso público, “não se admitindo qualquer hipótese de vínculo contratual mediante terceirização de serviços”, sob pena de se caracterizar terceirização ilícita.⁵²⁶

A respeito do tema, Lucas Rocha Furtado faz as seguintes considerações em relação à posição do Tribunal de Contas da União:

O Tribunal de Contas da União possui entendimento no sentido de que somente é possível a contratação de empresas para a prestação de serviços a entidades e órgãos da Administração Pública se esses serviços não estiverem incluídos dentre aqueles especificados como sendo atribuição de cargos de carreira e que não venham a caracterizar terceirização de atividade fim do órgão ou entidade administrativa contratante. Essa regra, no entanto, tem sido mitigada pelo próprio TCU em face de situações especiais devidamente justificadas. O objetivo principal é o de evitar que seja burlada a regra da obrigatoriedade da realização de concurso público para a investidura em cargos e empregos públicos (CF, art. 37, II).⁵²⁷

Para Lucas Rocha Furtado, se a Administração Pública terceirizar tarefas permanentes e indispensáveis às suas atividades fim, mesmo através de licitação das empresas terceirizantes, “a contratação é tida por ilegal, importando em violação do dever de realizar concurso público”, obrigatório segundo o artigo 37, II, CF/88.⁵²⁸

Pela dificuldade em estabelecer a diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim, o critério mais adequado seria por meio da exclusão das hipóteses não terceirizáveis, como atividades que expressam o poder de império estatal (segurança, fiscalização, poder de polícia), carreiras estruturadas constitucionalmente que envolvem atividades típicas estatais.⁵²⁹

Os incisos I e II do artigo 37 da Constituição Federal exigem que a prévia realização de concurso público com amplo acesso de participação a todos que assim desejarem como respeito aos princípios da publicidade e moralidade; assim, a contratação de pessoas por empresa interposta em um processo licitatório fere tais dispositivos constitucionais.⁵³⁰

⁵²⁶ DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do Direito do Trabalho contemporâneo*. Op. Cit., p. 154.

⁵²⁷ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Op. Cit., p. 339. Ver decisão TCU nº 680/95. Plenário. DOU, 28 dez. 1995.

⁵²⁸ *Idem*, p. 340.

⁵²⁹ GARCIA, Flávio Amaral. A relatividade da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à Administração Pública. In: *Revista brasileira de direito público – RDBP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, p. 137-160, out/dez. 2009.

⁵³⁰ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional*.

Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/23113-23115-1-PB.pdf> > Acesso em 09.01.2013.

O inciso XXI do artigo 37 da Magna Carta não contraria os incisos acima descritos quando menciona a contratação de serviços, uma vez que caso representasse a mesma função dos incisos I e II, o administrador público teria discricionariedade para escolher entre abrir um concurso público para preenchimento de cargo/emprego/função ou editar processo licitatório para contratar empresa que forneça mão-de-obra para os mesmos fins.⁵³¹

Por meio de uma interpretação sistemática do artigo 37, o termo “serviços” deve ser interpretado como “algo que ocorra fora da dinâmica permanente da Administração e que se requeira para atender exigência da própria Administração, como por exemplo, a implementação de um sistema de computador, ou a preparação dos servidores para trabalhar com um novo equipamento. Para esses serviços, o ente público poderá contratar uma empresa especializada, valendo-se, necessariamente, de processo de licitação”.⁵³²

Isso ocorre pois a Administração Pública para realizar suas tarefas pode atuar diretamente com seus “próprios instrumentos”, como prevê o artigo 6º, VII, da Lei 8.666/93, ou indiretamente, “por meio da celebração de contratos administrativos com empresas privadas que fornecerão a mão-de-obra, os bens, os serviços e as obras necessárias à realização do fim que se busca” conforme prevê o artigo 6º, VIII, da mesma lei. Nessa última hipótese ocorre a terceirização.⁵³³

A própria Lei 8.666/93, em seu artigo 6º, inciso II, define como serviço passível de contratação mediante licitação a atividade de caráter temporário destinada a uma utilidade ou interesse da Administração, exemplificando com demolição, conserto, reparação, publicidade, entre outros.⁵³⁴ Em relação ao artigo 57, inciso II, da mesma lei, a autorização para terceirizar “serviços a serem executados de forma contínua” foi inserida em 1998, segundo acredita Jorge Luiz Souto Maior para legitimar práticas vigentes no setor público, mas contrariando a Constituição.⁵³⁵

Assim, adotando-se o princípio da interpretação em conformidade com a Constituição, o serviço contínuo, referido no inciso II, do art. 57, da Lei n. 8.666/93, só pode ser entendido como um serviço que se preste à administração, para atender uma necessidade cuja satisfação exija alta qualificação de caráter técnico, requerendo, portanto, por meio de processo

⁵³¹ *Idem, ibidem.*

⁵³² *Idem, ibidem.*

⁵³³ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 338 e 339.

⁵³⁴ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional*.

Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/23113-23115-1-PB.pdf> > Acesso em 09.01.2013.

⁵³⁵ *Idem, ibidem.*

licitatório, a contratação de uma empresa especializada e que, embora permanente sua execução, se inclua na lógica do contexto de sua dinâmica organizacional apenas esporadicamente, como, por exemplo: a manutenção de elevadores; o transporte de valores em vultuosa quantia... Para além disso, ter-se-á uma flagrante inconstitucionalidade.⁵³⁶

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a terceirização no âmbito da Administração Pública recebeu atenção do artigo 18, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, “com o intuito de coibir a utilização do instituto como forma de burla ao limite de despesa com pessoal, previsto no artigo 169 da Constituição”.⁵³⁷

Di Pietro assinala que é importante ter cuidado para que a prática da terceirização pela Administração Pública não se torne um instrumento que viole os direitos do trabalhador.⁵³⁸

Ao permitir que os Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, empresas estatais, fundações e autarquias terceirizem, não se pode esquecer que também lhes cabe o ônus da responsabilidade por essa prática.⁵³⁹ Plínio Antônio Públio Albregard expõe as três correntes doutrinárias predominantes na análise da terceirização na Administração Pública:

A primeira refuta a aplicação do texto legal outrora transcrito [art. 71, §1º, Lei 8.666/93] em face do disposto no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988. A segunda entende que a Administração Pública, quando subcontrata mão-de-obra e quando o empregador (intermediador de mão-de-obra) não observa suas obrigações trabalhistas incide em culpa *in eligendo* e *in contrahendo*, aplicando-se o disposto nos artigos 186, 927, 932, II e 942, do Código Civil para se concluir pela sua responsabilidade subsidiária. Por fim, uma terceira corrente conclui que o artigo 37, parágrafo 6º, do Texto Constitucional, não conflita com o artigo 71, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/93, não devendo a Administração Pública ser responsabilizada pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do intermediador de mão-de-obra, fazendo referencia ao fato de que regra especial revoga regra geral.⁵⁴⁰

O autor ainda afirma que a responsabilização do Poder Público por culpa *in eligendo* não afasta sua responsabilidade pelo inadimplemento contratual da prestadora, uma vez que devem ser preservados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, prescritos no artigo 37, caput, da Constituição Federal.⁵⁴¹ Inclusive, o artigo 71, §

⁵³⁶ *Idem, ibidem.*

⁵³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editra Atlas, 22ª Ed., 2009, p. 343.

⁵³⁸ *Idem*, p. 344.

⁵³⁹ ALBREGARD, Plínio Antônio Públio. Responsabilidade subsidiária da administração pública direta, autárquica e fundacional. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, n. 7, 2011, p. 70.

⁵⁴⁰ *Idem, ibidem.*

⁵⁴¹ *Idem, ibidem.*

2º, da Lei 8.666/93 estabelece a responsabilidade solidária pelos débitos previdenciários da prestadora, caso a Administração Pública falte em seu dever de fiscalizar o cumprimento.⁵⁴²

Antero Arantes Martins defende que a responsabilidade subsidiária prescrita na Súmula 331, IV, do TST não é meramente uma criação jurisprudencial, uma vez que está presente no Direito Civil brasileiro primeiramente no artigo 1.521 do CC/16 e, posteriormente, no art. 932 do CC/02, aplicada à Administração Pública por meio de uma pacificação do judiciário trabalhista.⁵⁴³ Foi em 1996 que o Tribunal Superior do Trabalho, no processo IUJ-RR Número: 297751, conferiu à redação da Súmula 331, item IV, a responsabilidade dos órgãos da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas dos empregados da prestadora de serviços.⁵⁴⁴

Visando proteger a Administração Pública da aplicação da responsabilidade prevista na Súmula 331, foi editada a Instrução Normativa nº 3/2009 pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que em seus artigos 19 e 19-A apresenta as seguintes determinações:

Art.19.

.....
XVIII - disposição prevendo que a execução completa do contrato só acontecerá quando o contratado comprovar o pagamento de todas as obrigações trabalhistas referente à mão de obra utilizada, quando da contratação de serviço continuado com dedicação exclusiva de mão de obra;
e

XIX - exigência de garantia, com validade de 3 (três) meses após o término da vigência contratual, devendo ser renovada a cada prorrogação efetivada no contrato, nos moldes do art. 56 da [Lei nº 8.666, de 1993](#), para os serviços continuados com uso intensivo de mão de obra com dedicação exclusiva, com a previsão expressa de que a garantia somente será liberada ante a comprovação de que a empresa pagou todas as verbas rescisórias trabalhistas decorrentes da contratação, e que caso esse pagamento não ocorra até o fim do segundo mês após o encerramento da vigência contratual, a garantia será utilizada para o pagamento dessas verbas trabalhistas diretamente pela Administração, conforme estabelecido no art. 19-A, inciso IV desta Instrução Normativa.

Art. 19-A Em razão da súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, o edital poderá conter ainda as seguintes regras para a garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva da mão de obra:

I - previsão de que os valores provisionados para o pagamento das férias, 13º salário e rescisão contratual dos trabalhadores da contratada serão depositados pela Administração em conta vinculada específica, conforme o disposto no anexo VII desta Instrução Normativa, que somente será liberada

⁵⁴² *Idem.*, p. 71.

⁵⁴³ MARTINS, Antero Arantes. A Súmula 331 do C. Tribunal Superior do Trabalho e o art. 71, §1º, da Lei 8.666/93. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, n. 7, 2011, p. 43.

⁵⁴⁴ *Idem.*, p. 44.

para o pagamento direto dessas verbas aos trabalhadores, nas seguintes condições:

- a) parcial e anualmente, pelo valor correspondente aos 13ºs salários, quando devidos;
- b) parcialmente, pelo valor correspondente aos 1/3 de férias, quando dos gozos de férias dos empregados vinculados ao contrato;
- c) parcialmente, pelo valor correspondente aos 13ºs salários proporcionais, férias proporcionais e à indenização compensatória porventura devida sobre o FGTS, quando da demissão de empregado vinculado ao contrato;
- d) ao final da vigência do contrato, para o pagamento das verbas rescisórias;
- e)
- e) o saldo restante, com a execução completa do contrato, após a comprovação, por parte da empresa, da quitação de todos os encargos trabalhistas e previdenciários relativos ao serviço contratado;

II - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a fazer a retenção na fatura e o depósito direto dos valores devidos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS nas respectivas contas vinculadas dos trabalhadores da contratada, observada a legislação específica;

III - previsão de que o pagamento dos salários dos empregados pela empresa contratada deverá ocorrer via depósito bancário na conta do trabalhador, de modo a possibilitar a conferência do pagamento por parte da Administração;

e

IV - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a fazer o desconto na fatura e o pagamento direto dos salários e demais verbas trabalhistas aos trabalhadores, quando houver falha no cumprimento dessas obrigações por parte da contratada, até o momento da regularização, sem prejuízo das sanções cabíveis.⁵⁴⁵

No ano anterior, foi editada a Instrução Normativa n. 2/2008 com um anexo denominado “Guia de Fiscalização dos Contratos de Terceirização”, prevendo várias fiscalizações, sendo elas: inicial, mensal, diária e especial.⁵⁴⁶ Sendo que, caso se verifique descumprimento durante as fiscalizações, o contrato poderá ser rescindido se as irregularidades não forem sanadas.⁵⁴⁷ Ressalta-se que as referidas instruções aplicam-se no âmbito da Administração Pública federal.⁵⁴⁸

Antes da mudança de entendimento pelo STF, Mauricio Godinho Delgado ensinava que ainda não havia uma posição consolidada na jurisprudência nem na doutrina a respeito

⁵⁴⁵ BRASIL, 2009, Instrução Normativa n. 3/2009 da lavra da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG). Disponível em: < <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2009/3.htm> > Acesso em 08.01.2013.

⁵⁴⁶ SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da Administração Pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público x dignidade da pessoa humana? – repercussões do julgamento da ADC nº 16 pelo STF na Súmula n. 331 do TST. Op. Cit. p. 731.

⁵⁴⁷ *Idem, ibidem.*

⁵⁴⁸ *Idem, ibidem.*

das consequências da terceirização ilícita envolvendo a Administração Pública. Segundo o magistrado, havia três posições interpretativas na doutrina.⁵⁴⁹

De acordo com uma das posições, se ocorrer terceirização ilícita envolvendo entidades estatais, não será caracterizado nenhum vínculo empregatício com a Administração Pública e esta não arcará com “qualquer diferença justrabalhista em benefício do trabalhador ilicitamente terceirizado”.⁵⁵⁰

A segunda posição vai além do que determina a Constituição de 1988, visando não favorecer em demasia a Administração Pública que já foi beneficiada pelo serviço prestado pelo trabalhador terceirizado. Assim, de acordo com essa posição, na terceirização ilícita, a Administração Pública assume todas as responsabilidades como se fosse a empregadora desde o início da relação terceirizante.⁵⁵¹

A terceira posição parece buscar o equilíbrio numa posição mediana em relação às demais. De acordo com essa visão, a empresa terceirizante que contratou diretamente o trabalhador seria a primeiro e principal responsável pelas obrigações trabalhistas contratadas e, subsidiariamente, a entidade da Administração Pública que tomou o serviço prestado, de acordo com o antigo inciso IV da Súmula 331 do TST.⁵⁵² Segundo Maurício Godinho Delgado, essa posição é compatível com o artigo 37, caput, II e § 2º, e com o princípio da isonomia, também garantido pela CF/88.⁵⁵³

Gabriela Neves Delgado explica que a Administração Pública, de acordo com o antigo inciso IV da Súmula 331, TST, tem responsabilidade subsidiária na terceirização ilícita (não podendo a Administração assinar a CTPS, mas arcando com os débitos trabalhistas subsidiariamente em relação à empresa terceirizante)⁵⁵⁴, mas na sua visão é plausível que essa responsabilidade seja solidária, conforme determina o artigo 942 do Código Civil

⁵⁴⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. Cit., p. 430.

⁵⁵⁰ *Idem, ibidem*.

⁵⁵¹ *Idem, ibidem*.

⁵⁵² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. Cit., p. 432.

⁵⁵³ *Idem, ibidem*.

⁵⁵⁴ Essa posição é defendida por Di Pietro. Segundo a autora, para respeitar a posição jurisprudencial a respeito do tema é que a terceirização só pode ser realizada em relação a atividades-meio, sob pena de ser caracterizado vínculo empregatício direto entre quem toma o serviço e o obreiro e a elaboração de um “auto de infração em desfavor da contratante”. No âmbito público, não se pode firmar esse vínculo com a Administração Pública, mas esta fica responsável subsidiariamente pelos débitos da empresa terceirizante com o trabalhador. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editra Atlas, 22ª Ed., 2009, p. 344.

Brasileiro.⁵⁵⁵ Nesse mesmo sentido é o entendimento de Jorge Luís Souto Maior, como já exposto anteriormente.⁵⁵⁶

Cabe destacar que, na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, foi produzido o Enunciado nº 11 conferindo responsabilidade solidária entre Administração Pública e prestadora de serviços nos casos de terceirização ilegal.

11. TERCEIRIZAÇÃO. SERVIÇOS PÚBLICOS.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. A terceirização de serviços típicos da dinâmica permanente da Administração Pública, não se considerando como tal a prestação de serviço público à comunidade por meio de concessão, autorização e permissão, fere a Constituição da República, que estabeleceu a regra de que os serviços públicos são exercidos por servidores aprovados mediante concurso público. Quanto aos efeitos da terceirização ilegal, preservam-se os direitos trabalhistas integralmente, com responsabilidade solidária do ente público.⁵⁵⁷

Para não aplicar o § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93 (que isenta o Poder Público de qualquer responsabilidade pelos débitos trabalhistas da contratada), o TST amparava-se no §6º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece a responsabilidade objetiva da Administração Pública por qualquer atuação de seus agentes que venha a causar danos a terceiros, sem fazer distinção entre a seara civil e trabalhista.⁵⁵⁸

Entretanto, na visão de Gisele Hatschbach Bittencourt, o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal estabelece a responsabilidade objetiva extracontratual do Estado, sendo que com relação à terceirização, por originar-se de um contrato, não pode gerar uma responsabilidade extracontratual para a Administração Pública.⁵⁵⁹ Outra crítica é feita sobre o artigo 37, § 6º, da CF, uma vez que este adota a teoria do risco administrativo, a qual permite hipóteses em que a responsabilidade do Estado possa ser reduzida ou excluída, já a Súmula 331, em seu item IV, ao determinar a responsabilidade objetiva da Administração não prevê sequer qualquer situação em que a responsabilidade do Estado possa ser atenuada ou

⁵⁵⁵ DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do Direito do Trabalho contemporâneo*. Op. Cit., p. 155.

⁵⁵⁶ Vide página 90.

⁵⁵⁷ 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, Enunciado nº 11. Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/novidades/1jornadadedireito.pdf>> Acesso em: 07.01.2013.

⁵⁵⁸ HAAS, Juliana. Reflexões sobre a responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas da contratada à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 77, nº 1, jan./mar. 2011, p. 140.

⁵⁵⁹ BITTENCOURT, Gisele Hatschbach. Apud. HAAS, Juliana. Reflexões sobre a responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas da contratada à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 77, nº 1, jan./mar. 2011, p. 143.

eliminada, aproximando-se da teoria do risco integral.⁵⁶⁰ Dessa forma, os que sustentam o embasamento constitucional da antiga Súmula 331 vão além da teoria adotada no artigo 37, §6º, da Carta Magna, ampliando a responsabilidade estatal na medida em que sequer questionam a existência de nexo causal entre a conduta da Administração Pública e o dano ao trabalhador, ferindo, assim, segundo entendimento de alguns, interesses coletivos.⁵⁶¹

Lívia Deprá Camargo Sulzbach analisa o embate entre os textos da Lei 8.666/93 e a Súmula 331 do TST da seguinte forma:

Tal súmula adveio de uma interpretação que privilegiou o princípio da proteção do trabalhador, em detrimento do princípio da legalidade, pelo qual restaria isenta a Administração da responsabilidade pelos encargos trabalhistas decorrentes do contrato de terceirização de serviços em face do disposto no §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93.⁵⁶²

Como visto anteriormente, a nova redação da Súmula 331 do TST, que desmembrou o inciso IV e criou os incisos V e VI, limita essa responsabilização da Administração Pública a situações em que esta tenha agido com culpa na contratação e, especialmente, na fiscalização da empresa terceirizada.

II. MUDANÇA NA APLICAÇÃO DA SÚMULA 331 EM RELAÇÃO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Recente decisão⁵⁶³ do Supremo Tribunal Federal parece mudar os rumos da aplicação da Súmula 331 produzida pelo Tribunal Superior do Trabalho. A mudança veio por conta do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade número 16, que foi interposta com o objetivo de discutir a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93.

De acordo com este dispositivo, se o contratado pela Administração Pública for inadimplente, os encargos trabalhistas, fiscais e comerciais e a responsabilidade por tais não serão de imediato transferidos à Administração Pública, nem poderão onerar o objeto do contrato.⁵⁶⁴

⁵⁶⁰ *Idem, ibidem.*

⁵⁶¹ *Idem, ibidem.*

⁵⁶² SULZBACH, Lívia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da Administração Pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público x dignidade da pessoa humana? – repercussões do julgamento da ADC nº 16 pelo STF na Súmula n. 331 do TST. Op. Cit. p. 726 e 728.

⁵⁶³ Decisão proferida em sede de ADC nº 16 em 26 de novembro de 2010.

⁵⁶⁴ http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/4_Informativo_mensal_novembro_2010.pdf

Conforme a inicial, o entendimento apresentado pela Súmula 331 do TST ofende “os princípios da legalidade, da liberdade, o princípio da ampla acessibilidade nas licitações públicas e o princípio da responsabilidade do Estado por meio do risco administrativo (arts. 5º, inciso II, e 37, caput, inciso XXI, e § 6º, da Constituição Federal”.⁵⁶⁵

Entretanto, não se mostra claro como as referidas violações ocorrem. No que tange ao princípio da legalidade, o próprio artigo 71, em seu parágrafo 2º, atribui responsabilidade solidária aos débitos previdenciários à Administração Pública, mas a exime das verbas trabalhistas, comerciais e fiscais no parágrafo 1º, sendo que as verbas previdenciárias estão intimamente relacionadas às verbas trabalhistas, assim como o acessório segue o principal. Então, há uma contradição interna ao próprio artigo 71 da Lei 8.666/93. Inclusive, o TST ao editar a Súmula 331 conferiu interpretação ao § 1º do artigo 71 da Lei de Licitações no sentido de não caber responsabilidade da Administração Pública pelas verbas trabalhistas em condições regulares de cumprimento do pactuado com a empresa contratada, ou seja, tendo pago o valor pelo serviço contratado, não caberia novo pagamento para créditos trabalhistas referentes ao mesmo contrato pactuado. Entretanto, havendo um descumprimento dos deveres pela contratada por omissão fiscalizatória por parte do Estado, o Poder Público responderia subsidiariamente.⁵⁶⁶

No que se refere ao princípio da liberdade, antes de tudo a liberdade da Administração Pública está em decidir em escolher, realizar e manter o contrato após prévia licitação, mas essa liberdade tem limites, pois não se pode beneficiar de um serviço por um preço inferior ao que realizaria se contratasse diretamente, e, ainda assim, deixar os trabalhadores sem qualquer garantia para o recebimento dos valores devidos pelo serviço prestado.

Em relação ao princípio da ampla acessibilidade nas licitações públicas, a responsabilidade da Administração Pública pelos débitos trabalhistas inadimplidos pela contratada não afeta futuros candidatos a terem acesso a novas licitações; inclusive, o inadimplemento deve servir para eliminar candidatos que não cumprem com suas obrigações trabalhistas, como bem determina o artigo 195, § 3º, da Constituição Federal.

Por fim, o princípio da responsabilidade do Estado por meio do risco administrativo admite como excludentes da responsabilização do Poder Público a culpa exclusiva do

⁵⁶⁵ Inteiro teor do acórdão da ADC nº 16. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165> Acesso em 15.12.2012.

⁵⁶⁶ Este último entendimento foi apresentado pela Ministra Carmem Lúcia. Inteiro Teor do Acórdão da ADC nº 16, STF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165> Acesso em 12.12.2012.

particular ou terceiro ou caso fortuito e força maior.⁵⁶⁷ Ocorre que o inadimplemento dos créditos trabalhistas provavelmente se dá pela ausência de fiscalização por parte da Administração Pública, logo a opção de isentar o ente público de qualquer responsabilidade não se mostra conforme ao princípio levantado.

Tendo a petição inicial como ponto de partida, o Plenário do STF decidiu da seguinte forma:

Quanto ao mérito, entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade. Registrou-se que, entretanto, a tendência da Justiça do Trabalho não seria de analisar a omissão, mas aplicar, irrestritamente, o Enunciado 331 do TST. (Informativo nº 610, Plenário do STF)⁵⁶⁸

Conforme relata o Ministro Cezar Pelluso, “o que o TST tem reconhecido é que a omissão culposa da administração em relação à fiscalização de seus contratados gera responsabilidade”. Para o ministro, não há no TST controvérsia a respeito da constitucionalidade do dispositivo da Lei 8.666/93, por isso o processo deveria ser arquivado.⁵⁶⁹

De acordo com o Ministro Marco Aurélio, os precedentes do Tribunal Superior do Trabalho para a aplicação da Súmula 331 estão embasados no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal e no §2º do artigo 2º da CLT, gerando, assim, uma responsabilidade solidária e objetiva da Administração Pública pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas quando a empresa contratada não cumpriisse seus deveres. Ressaltou ainda o Ministro que o Poder Público não pode se responsabilizar pela administração da empresa prestadora do serviço por não ter sua direção. Então, o ministro “[c]oncluiu que restaria, então, o parágrafo único do art. 71 da Lei 8.666/93, que, ao excluir a responsabilidade do Poder Público pela inadimplência do contratado, não estaria em confronto com a Constituição Federal.”⁵⁷⁰

⁵⁶⁷ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum Ltda., 2007, p. 1007.

⁵⁶⁸ http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/4_Informativo_mensal_novembro_2010.pdf

⁵⁶⁹ http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIAS.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=11544&p_cod_area_noticia=A_SCS&p_txt_pesquisa=Terceiriza%E7%E3o

⁵⁷⁰ http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/4_Informativo_mensal_novembro_2010.pdf

Na visão da Ministra Carmem Lúcia, o artigo 37, § 6º, da CF trata da responsabilidade objetiva⁵⁷¹ extracontratual da Administração Pública, não cabendo ser aplicada nos casos de relação contratual com empresa prestadora de serviço. “Explicou que uma coisa seria a responsabilidade contratual da Administração Pública e outra, a extracontratual ou patrimonial. Aduziu que o Estado responderia por atos lícitos, aqueles do contrato, ou por ilícitos, os danos praticados.”⁵⁷²

Para o Ministro Ayres Britto, “a Constituição esgotou, exauriu as formas de recrutamento de mão de obra permanente par a Administração Pública. Ela exauriu. São três: concurso público; nomeação para cargo de comissão e contratação temporária por prazo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, pronto. A Constituição não falou de terceirização. (...) A terceirização significa um recrutamento de mão de obra para a Administração Pública, finalisticamente é isso, é um mão de obra que vai servir não à empresa contratada, à terceirizada, mas ao tomador do serviço que é a Administração. E é uma modalidade de recrutamento de mão de obra inadmitida pela Constituição”.⁵⁷³ O Ministro Ayres Britto ressaltou que a terceirização serve a quem toma o

⁵⁷¹Leonardo de Mello Caffaro apresenta alguns pontos problemáticos da aplicação da responsabilidade objetiva do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal à Administração Pública como tomadora em caso de terceirização: “A responsabilidade objetiva, assim, surge de uma regular ação ou omissão da Administração que, lícita ou ilicitamente, cause dano ilegítimo a terceiros. Esta seria a melhor aplicação da Teoria da Causalidade Adequada. O dano, assim, há de decorrer de uma atividade de interesse da coletividade, o que não é o caso: a contratação de trabalhadores para concretizar o objeto do contrato é de exclusivo interesse da empresa contratada para prestar serviços. O dispositivo constitucional acima citado é bem claro quando determina sua incidência, quando a Administração é prestadora de serviço público, diretamente ou por delegação de particular. No caso das terceirizações, a administração é de tomadora de serviços e o resultado danoso ao trabalhador decorreria não de serviço público pactuado (Ato de Império), mas, sim, de ato de gestão administrativa da Administração Pública.”

Autores como Leonardo de Mello Caffaro acreditam que a Administração Pública não pode ser responsabilizada pelos débitos trabalhistas da prestadora de serviços, pois não está auferindo lucro pelos serviços que toma, uma vez que entes públicos não exercem atividade econômica, não pode haver a presunção de enriquecimento do ente público. Assim, não poderia haver uma presunção de culpa absoluta da Administração Pública, mas deve-se provar que o Poder Público tomador falou in eligendo ou in vigilando. Leonardo de Mello Caffaro aponta uma contradição entre as Súmula 331 e 363 do TST, ao passo em que esta última em conformidade com o artigo 37, II, e §2º da Constituição Federal determina que a Administração Pública quando contratar sem concurso público fica responsável pelo pagamento apenas das verbas de saldo salário e os respectivos depósitos de FGTS, sendo que a Súmula 331 determina a responsabilidade do Poder Público por todas as verbas como se empregador fosse. A Súmula 363 do TST visa coibir o favorecimento de terceiros que são indicados diretamente por agentes da Administração Pública para serem contratados por empresas prestadoras criadas para esse fim, sendo que tais terceirizados passam a atuar em atividade-fim do Estado burlando a regra do prévio concurso público. Nesse sentido, foi editada a OJ-SDI1-335, que determina que tais contratos devem ser considerados nulos por violação do artigo 37, II e §2º, da CF/88. CAFFARO, Leonardo de Mello. O pós-positivismo, o Direito do Trabalho e a noção de interesse público – A terceirização na Administração Pública e a Súmula n. 331 do TST em questão. In: *Revista LTr: legislação do trabalho*, v. 74, n. 12, dez. 2010, p. 477 a 481.

⁵⁷²http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/4_Informativo_mensal_novembro_2010.pdf Acesso em 10.12.2010.

⁵⁷³Inteiro teor do acórdão, ADC nº 16, STF. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165> > Acesso em 12.12.2012.

serviço prestado, no caso, a Administração Pública. Por isso, colocou que, considerando o caráter válido juridicamente da terceirização, a Administração que se beneficia do serviço deve arcar ao menos subsidiariamente com os deveres trabalhistas, uma vez que essa prática de gestão de mão de obra pelo Poder Público não possui amparo constitucional. Nesse ponto, o Ministro foi parcialmente vencido.⁵⁷⁴

Por fim, o plenário por maioria decidiu pela constitucionalidade do artigo 71, § 6º, da Lei 8.666/93.⁵⁷⁵ Ainda é importante colocar que “houve consenso no sentido de que o TST não poderá generalizar os casos e terá de investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante.”⁵⁷⁶

A mudança no entendimento do STF em relação à aplicação da Súmula 331 do TST pode ser vista sob uma perspectiva aparentemente boa, mas que de certa forma esconde um lado perverso. A função aparentemente boa dessa mudança de entendimento parece buscar um maior comprometimento da Administração Pública ao contratar serviços por via da terceirização, um maior cuidado nesse tipo de contrato e uma vigilância com relação à conduta e idoneidade da empresa contratada. Uma vez que se a Administração Pública for displicente ou relaxada com relação à contratada, será responsável pelas obrigações trabalhistas assumidas pela empresa contratada para prestar o serviço ao Poder Público.

Ao manter a constitucionalidade do artigo 71, § 1º da Lei 8.666/93, a Administração Pública pode ser responsabilizada por culpa *in eligendo* nas seguintes hipóteses exemplificativas: a) terceirização descabida, ou seja, em atividade que não pode ser terceirizada por falta de autorização legal devendo ser aberto concurso público; b) adoção do modelo inadequado de terceirização, que não segue o modo certo de licitação estabelecido na Lei 8.666/93; c) não cumprimento das exigências de habilitação dos candidatos à licitação quanto à qualificação econômico-financeira (art. 27, III, Lei 8.666/93).⁵⁷⁷

A decisão do STF ainda permite que o artigo 71, §1º da Lei 8.666/93, combinado com o artigo 29, inciso IV, e artigo 67 da mesma lei discipline a responsabilidade da Administração Pública por culpa *in vigilando* nos casos de terceirização de serviços.⁵⁷⁸ O

⁵⁷⁴ http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/4_Informativo_mensal_novembro_2010.pdf Acesso em 10.12.2010.

⁵⁷⁵ *Idem, ibidem.*

⁵⁷⁶ http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIAS.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=11544&p_cod_area_noticia=ASCS&p_txt_pesquisa=Terceiriza%E7%E3o

⁵⁷⁷ MARTINS, Antero Arantes. A Súmula 331 do C. Tribunal Superior do Trabalho e o art. 71, §1º, da Lei 8.666/93. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, n. 7, 2011, p. 46.

⁵⁷⁸ *Idem, ibidem.*

artigo 67 da Lei 8.666/93 determina que “a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração”.⁵⁷⁹

A responsabilidade do Estado surge, assim, da sua omissão em cumprir seu dever de fiscalizar a execução do contrato, conforme determina os artigos 58, III, e 67 da Lei 8.666/93.

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

(...)

III - fiscalizar-lhes a execução;

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.⁵⁸⁰

De certa forma, essa mudança de entendimento busca estimular uma maior fiscalização por parte da Administração Pública em relação à empresa contratada, sob pena de ser responsabilizada. Esse lado positivo inclusive é muito bem analisado pelo Procurador do Trabalho Helder Santos Amorim, ao demonstrar que é possível utilizar o atual entendimento do STF a respeito da Súmula 331 do TST de forma a preservar “as condições necessárias para que a Justiça do Trabalho continue interpretando as norma jurídicas em apreço com respeito à justa proporção entre o imperativo de proteção do patrimônio público e o dever estatal de proteção aos direitos fundamentais dos trabalhadores terceirizados”.⁵⁸¹

Para demonstrar esse ponto, Helder Santos Amorim faz um esforço hermenêutico para ensinar como a interpretação do § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93, declarado constitucional pelo STF, deve ser articulado juntamente com outros dispositivos legais de modo a exigir da Administração Pública o cumprimento do “dever de fiscalizar eficientemente a execução dos seus contratos de terceirização”, conforme determina o artigo 37, caput, e o artigo 7º da Constituição Federal, na implementação dos direitos fundamentais, considerando tarefa essencial a qualquer fiscalização de cumprimento de contrato licitatório.⁵⁸²

⁵⁷⁹ BRASIL, Lei 8.666, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm Acesso em: 06.01.2013.

⁵⁸⁰ *Idem, ibidem..*

⁵⁸¹ VIANA, Márcio Túlio. NEVES DELGADO, Gabriela. AMORIM, Helder Santos. Terceirização: Aspectos Gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST, p. 15. Novos Enfoques. In: *Revista Lex Magister* (revista eletrônica). Publicado em: 15.02.2011. Disponível em: http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=933 . Acesso em: 17.05.2011.

⁵⁸² *Idem, ibidem.*

Verifica-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal possui ciência do grande conflito existente entre os princípios que norteiam a Administração Pública e os princípios protetores que permeiam o Direito do Trabalho. (...) Desta forma, pode-se concluir que o relator utilizou-se do princípio da proporcionalidade, para, apesar de considerar constitucional o §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, registrar que o fato de que a Administração Pública utilizar-se do dispositivo da lei de licitações para escusar-se de cumprir as obrigações trabalhistas decorrentes do contrato de terceirização de serviços firmado com empresa inidônea, deixando desprotegido o trabalhador terceirizado, atentaria contra outros princípios constitucionalmente previstos.⁵⁸³

Helder Santos Amorim ainda demonstra que a Instrução Normativa IN 02/2008 do MPGO institui um padrão fiscalizatório para toda a Administração Pública, inclusive no âmbito dos estados e municípios, conforme determina o princípio federativo.⁵⁸⁴ A respeito da IN 02/2008, o autor tece a seguinte explicação:

Para tanto, o art. 36 da Instrução Normativa exige que a Administração, no ato do pagamento da prestação mensal do serviço, exija da empresa a comprovação do pagamento de todas as suas obrigações trabalhistas relativas à fatura anterior, sob pena de retenção do valor da fatura para pagamento direto aos trabalhadores. Isto sem prejuízo da penalidade administrativa decorrente da inexecução contratual, nos termos do art. 77 da Lei de Licitações, segundo o qual “*a inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as prevista em lei ou regulamento*”.

.....
Da leitura integrada destes dispositivos decorre como dever da Administração que seu representante – o gestor do contrato –, no ato de fiscalização, determine a regularização imediata das irregularidades trabalhistas, sob pena de rescisão contratual.

A ausência desta notificação constitui inquestionável violação, pela Administração, do seu dever de fiscalizar.⁵⁸⁵

Para o âmbito da Administração Federal, a Instrução Normativa nº 02/08-SLTI/MPOG, em seu artigo 31, estabelece a fiscalização da execução do contrato deve ser realizada por um representante da Administração Pública de forma a verificar a regularidade

⁵⁸³ SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da Administração Pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público x dignidade da pessoa humana? – repercussões do julgamento da ADC nº 16 pelo STF na Súmula n. 331 do TST. Op. Cit., p. 726 e 728.

⁵⁸⁴ VIANA, Márcio Túlio. NEVES DELGADO, Gabriela. AMORIM, Helder Santos. Terceirização: Aspectos Gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos Enfoques. Op. Cit.

⁵⁸⁵ Idem, ibidem.

da prestação dos serviços conforme os termos do contrato firmado, fazendo remissão aos artigos 67 e 73 da Lei 8.666/93 e ao artigo 6º do Decreto nº 2.271/97.⁵⁸⁶

O artigo 34 da IN nº 02/08-SLTI/MPOG disciplina a fiscalização do cumprimento das obrigações jurídico-trabalhistas:

Art. 34. A execução dos contratos deverá ser acompanhada e fiscalizada por meio de instrumentos de controle, que compreendam a mensuração dos seguintes aspectos, quando for o caso:

- I - os resultados alcançados em relação ao contratado, com a verificação dos prazos de execução e da qualidade demandada;
- II - os recursos humanos empregados, em função da quantidade e da formação profissional exigidas;
- III - a qualidade e quantidade dos recursos materiais utilizados;
- IV - a adequação dos serviços prestados à rotina de execução estabelecida;
- V - o cumprimento das demais obrigações decorrentes do contrato; e
- VI - a satisfação do público usuário.

§ 1º O fiscal ou gestor do contrato ao verificar que houve subdimensionamento da produtividade pactuada, sem perda da qualidade na execução do serviço, deverá comunicar à autoridade responsável para que esta promova a adequação contratual à produtividade efetivamente realizada, respeitando-se os limites de alteração dos valores contratuais previstos no § 1º do artigo 65 da [Lei nº 8.666, de 1993](#).

§ 2º A conformidade do material a ser utilizado na execução dos serviços deverá ser verificada juntamente com o documento da contratada que contenha a relação detalhada dos mesmos, de acordo com o estabelecido no contrato, informando as respectivas quantidades e especificações técnicas, tais como: marca, qualidade e forma de uso.

§ 3º O representante da Administração deverá promover o registro das ocorrências verificadas, adotando as providências necessárias ao fiel cumprimento das cláusulas contratuais, conforme o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 67 da [Lei nº 8.666, de 1993](#).

§ 4º O descumprimento total ou parcial das responsabilidades assumidas pela contratada, sobretudo quanto às obrigações e encargos sociais e trabalhistas, ensejará a aplicação de sanções administrativas, previstas no instrumento convocatório e na legislação vigente, podendo culminar em rescisão contratual, conforme disposto nos artigos 77 e 87 da [Lei nº 8.666, de 1993](#).

§ 5º Na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada, exigir-se-á, dentre outras, as seguintes comprovações:

I - no caso de empresas regidas pela Consolidação das Leis Trabalhistas:

a) a prova de regularidade para com a Seguridade Social, conforme dispõe o art. 195, § 3º da [Constituição federal](#) sob pena de rescisão contratual; (**Nova redação pela [INSTRUÇÃO NORMATIVA MP Nº 3, DE 15/11/2009](#)**)

Redação original:

a) recolhimento da contribuição previdenciária estabelecida para o

⁵⁸⁶ CUNHA, Bruno Santos. A Administração Pública e a nova Súmula nº 331 do TST: A questão da fiscalização e a culpa *in vigilando*. In: Revista do Tribunal regional do Trabalho da 6ª Região, v. 21, n. 38, 2011, p. 101.

empregador e de seus empregados, conforme dispõe o artigo 195, § 3º da Constituição federal, sob pena de rescisão contratual;

b) recolhimento do FGTS, referente ao mês anterior, caso a Administração não esteja realizando os depósitos diretamente, conforme estabelecido no instrumento convocatório; **(Nova redação pela INSTRUÇÃO NORMATIVA MP Nº 3, DE 15/11/2009)**

Redação original:

b) recolhimento do FGTS, referente ao mês anterior;

c) pagamento de salários no prazo previsto em Lei, referente ao mês anterior;
d) fornecimento de vale transporte e auxílio alimentação quando cabível;
e) pagamento do 13º salário;
f) concessão de férias e correspondente pagamento do adicional de férias, na forma da Lei;
g) realização de exames admissionais e demissionais e periódicos, quando for o caso;
h) eventuais cursos de treinamento e reciclagem que forem exigidos por lei;
(Nova redação pela INSTRUÇÃO NORMATIVA MP Nº 3, DE 15/11/2009)

Redação original:

h)eventuais cursos de treinamento e reciclagem;

i) comprovação do encaminhamento ao Ministério do Trabalho e Emprego das informações trabalhistas exigidas pela legislação, tais como: a RAIS e a CAGED; **(Nova redação pela INSTRUÇÃO NORMATIVA MP Nº 3, DE 15/11/2009)**

Redação original:

i) encaminhamento das informações trabalhistas exigidas pela legislação, tais como: a RAIS e a CAGED;

j) cumprimento das obrigações contidas em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa em dissídio coletivo de trabalho; e
k) cumprimento das demais obrigações dispostas na CLT em relação aos empregados vinculados ao contrato.

II - No caso de cooperativas:

a) recolhimento da contribuição previdenciária do INSS em relação à parcela de responsabilidade do cooperado;
b) recolhimento da contribuição previdenciária em relação à parcela de responsabilidade da Cooperativa;
c) comprovante de distribuição de sobras e produção;
d) comprovante da aplicação do FATES - Fundo Assistência Técnica Educacional e Social;
e) comprovante da aplicação em Fundo de reserva;
f) comprovação de criação do fundo para pagamento do 13º salário e férias;
e
g) eventuais obrigações decorrentes da legislação que rege as sociedades cooperativas.

III - No caso de sociedades diversas, tais como as Organizações Sociais

Civis de Interesse Público - OSCIP's e as Organizações Sociais, será exigida a comprovação de atendimento a eventuais obrigações decorrentes da legislação que rege as respectivas organizações.⁵⁸⁷

O artigo 34-A da referida Instrução Normativa coloca a pena de rescisão contratual em caso de descumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada, caso esta não regularize seus deveres trabalhistas.⁵⁸⁸ O artigo 36 estabelece que a comprovação do adimplemento dos débitos trabalhistas deve se dar por meio da apresentação de Nota Fiscal ou da Fatura do mês presente pela contratada, antes do pagamento pela Administração da quantia do mês seguinte.⁵⁸⁹

Outra possibilidade para estabelecer mais regras disciplinando a fiscalização⁵⁹⁰ é por meio da inserção no edital de licitação que precede a contratação da exigência da empresa

⁵⁸⁷ BRASIL, Instrução Normativa nº 02/08-SLTI/MPOG, 2008. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2008/2.htm>> Acesso em 04.01.2013.

⁵⁸⁸ *Idem, ibidem.*

⁵⁸⁹ *Idem, ibidem.*

⁵⁹⁰ Há aqueles que se posicionam no sentido de isentar o Estado de responsabilidade pelos débitos trabalhistas da contratada, uma vez que não há nos dispositivos menção expressa às obrigações de ordem trabalhista; sendo que a fiscalização disciplinada na Lei refere-se às condições de habilitação e qualificação que foram exigidas na licitação durante todo o processo de execução do contrato. Assim, a única forma de fiscalização quanto às obrigações trabalhistas da contratada é por meio da exigência da Certidão Negativa de Débito (CND), do Certificado de Regularidade Fiscal (CRF) e documentos de regularidade perante o INSS e o FGTS, conforme disciplina o inciso IV do artigo 29 da Lei 8.666/93.

Cabe ressaltar que tais documentos não servem para resguardar direitos trabalhistas, como pagamento devido de horas extras, férias, entre outros direitos, uma vez que caso isso acontecesse a Administração Pública estaria intervindo na condição de empregador da contratada, passando o Estado a ser locatário de mão de obra.

Os reais responsáveis pela fiscalização do adimplemento das normas trabalhistas são o Ministério do Trabalho e Emprego, as Superintendências Regionais do Trabalho e Emprego e o Ministério Público do Trabalho. Desse modo, por não poder a Administração Pública interferir na função de empregadora da contratada, o Estado não pode ser responsabilizado pelos débitos trabalhistas dos empregados da prestadora de serviços, segundo o entendimento de alguns autores.

A Justiça Federal no Agravo de Instrumento nº 2007.01.00.032697-3/DF já se manifestou pela impossibilidade de a Administração Pública exigir a apresentação de documentos que comprovem a quitação das obrigações trabalhistas como requisito para o pagamento dos serviços prestados.

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. EDITAL. EXIGÊNCIAS: FUNDO DE RESERVA E QUITAÇÃO ANTECIPADA DA FOLHA DE PAGAMENTO. ITENS 18.1 E 21.4.1. ILEGALIDADE.

1. A exigência de formação de Fundo de Reserva "com a finalidade de quitação de possíveis direitos e/ou verbas rescisórias trabalhistas", e a condicionante de que "o pagamento da fatura somente será efetuado se a Contratada comprovar a completa quitação da folha de pagamento, inclusive do valor referente às férias, caso existam", constantes do edital de licitação, para a contratação de empresa prestadora de serviços de apoio técnico-administrativo, parecem não encontrar respaldo na Lei n. 8.666/1993, a qual, ao autorizar a exigência de garantia, objetiva aferir a qualificação econômico-financeira da contratada para o cumprimento do contrato, não, como no caso, para a satisfação de encargos trabalhistas.

2. Decisão suspensiva do Pregão Eletrônico, que se confirma (por maioria).

3. Agravo desprovido.” BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Sexta Turma, 08 de Outubro de 2007, Agravo de Instrumento nº 2007.01.00.032697-3/DF. Ementa disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosTRF/ctrlproc/ctrlproc.php?proc=200701000326973>> Acesso em 05.01.2013.

prestadora dos serviços provar a plena quitação das obrigações trabalhistas referentes aos seus empregados que atuam para a Administração Pública, como requisito para que o Poder Público cumpra sua parte no contrato.⁵⁹¹

Na visão de Helder Santos Amorin, o entendimento do Ministro Cezar Peluso no julgamento da ADC nº 16 é adequado quando afirma que “A norma é sábia, ela diz que o mero inadimplemento não transfere a responsabilidade, mas a inadimplência da obrigação da administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer, independentemente da constitucionalidade da lei”.⁵⁹²

Assim, para o autor, realizando uma interpretação teleológica das normas referidas é possível obter-se um controle por parte da Administração em relação às empresas contratadas de modo a garantir o cumprimento dos direitos trabalhistas devidos ao obreiro terceirizado.⁵⁹³

Como afirmado anteriormente, a função aparentemente boa do novo entendimento encoberta uma face cruel. O lado perverso dessa nova visão do STF aparece quando a

Nessa linha de entendimento, o inadimplemento dos encargos trabalhistas não caracteriza inexecução contratual, logo a Administração Pública não pode ser responsabilizada, caso tenha observado o que dispõem os artigos 55 e 67 da Lei 8.666/93.

Conforme o entendimento do TCU, amparado no argumento de que atos administrativos no Estado Democrático de Direito devem subordinar-se ao princípio da legalidade, não cabe a inserção de regras que disciplinem e criem mais parâmetros de fiscalização em processos licitatórios. Assim, o TCU (Ver: Acórdão nº 697/06 – Plenário TCU.) considera que as exigências estabelecidas pela Lei 8.666/93 são exaustivas. Dessa forma, a Administração Pública na condição de tomadora em uma terceirização ilícita, que permite a locação de mão de obra, não tem o dever de responder pelos encargos trabalhistas; cabendo no máximo uma indenização pelos serviços já prestados, para que o Estado não se enriqueça sem causa.

Nesse mesmo sentido, Juliana Haas milita na defesa de que esse posicionamento do TCU apenas iguala o trabalhador terceirizado que presta serviços para a Administração Pública ao terceirizado que trabalha para uma tomadora privada e que não possui garantia desta ser responsabilizada solidária ou subsidiariamente. A autora inclusive ampara-se no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado para eximir o Estado da responsabilidade subsidiária pelos débitos trabalhistas dos empregados da prestadora.

In: HAAS, Juliana. Reflexões sobre a responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas da contratada à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 77, nº 1, jan./mar. 2011, p. 147 a 153.

Carlos Augusto Junqueira Henrique afirma que imputar responsabilidade das obrigações da contratada, que venceu processo licitatório, à Administração Pública seria remeter o “insucesso do empreendimento da empresa prestadora dos serviços, então colocando os empregados de tais empresas em situação diferenciada”, situação inclusive privilegiada se comparada a dos empregados que sofrem com a falência da empresa em que laboram, transferindo para a sociedade os encargos do insucesso da contratada. (In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira. Enunciado da Súmula nº 331 do TST. Uma desconcertante tentativa de atualização jurisprudencial. In: *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, n. 3, p. 91-88, fev. 2011.) Entretanto, o autor esquece que o terceirizado que presta serviço para uma tomadora que é empresa privada também conta com a responsabilidade subsidiária da tomadora. Desse modo, a responsabilidade subsidiária é uma regra da terceirização, que garante ao terceirizado uma proteção, considerando que sua situação já é mais vulnerável que a de um empregado direto.

⁵⁹¹ CUNHA, Bruno Santos. A Administração Pública e a nova Súmula nº 331 do TST: A questão da fiscalização e a culpa *in vigilando*. In: *Revista do Tribunal regional do Trabalho da 6ª Região*, v. 21, n. 38, 2011, p. 104.

⁵⁹² *Idem, ibidem*.

⁵⁹³ *Idem, ibidem*.

Administração Pública age com a devida fiscalização em relação à empresa terceirizante, e esta de forma irresponsável burla essa fiscalização e não cumpre com seus deveres trabalhistas. Nessa hipótese, de acordo com o novo entendimento do STF, o trabalhador empregado da terceirizante ficará sem garantias trabalhistas em relação à Administração Pública, uma vez que a única responsável será a empresa terceirizante. Ou até quando ocorre a hipótese levantada por Jorge Luís Souto Maior, quando ele afirma que será tarefa hercúlea para o trabalhador terceirizado provar que o ente da Administração Pública agiu com culpa na contratação ou execução do contrato da empresa terceirizante.⁵⁹⁴

Assim, em juízo, só poderá ser acionada a empresa terceirizante, não cabendo qualquer parcela de responsabilidade subsidiária ou solidária à Administração Pública. De certo modo, essa alteração na forma de aplicação da Súmula 331 acaba reduzindo as opções do trabalhador de ter seus direitos garantidos à medida que exime a Administração Pública quando agir com as devidas cautelas.

A comprovação da culpa da Administração Pública pelo trabalhador terceirizado é bastante difícil, por não ter acesso aos documentos que tratam do contrato entre a prestadora e o Poder Público.

Ainda resta sem solução favorável ao trabalhador a hipótese de devida fiscalização por parte do Poder Público e a inadimplência da empresa prestadora quanto aos seus débitos trabalhistas. Nesse sentido, Jorge Luís Souto Maior analisa o novo entendimento do STF a respeito da Súmula 331 do TST e o problema com terceirizados de limpeza contratados para prestar serviço à Universidade de São Paulo:

Assim, não se pode deixar de considerar que há um grande risco, na verdade, uma quase certeza, de que os trabalhadores terceirizados jamais receberão os seus direitos, pois segundo o entendimento de “vanguarda” do Supremo Tribunal Federal a respeito da questão, inexistente responsabilidade do ente público pelas dívidas trabalhistas das empresas prestadoras de serviço na terceirização, a não ser nas situação em que se consiga fixar, em concreto, a culpa do ente público na que tange ao inadimplemento das obrigações trabalhistas. Só que a considerar a estratégia utilizada pela USP, de depositar em juízo parte dos valores que devia repassar à empresa terceirizada, sob o argumento de que esta tinha dívidas com o Estado, não é difícil imaginar a dificuldade que os trabalhadores terão em apontar a culpa da Universidade.⁵⁹⁵

⁵⁹⁴ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Carta Aberta aos “Terceirizados” e à Comunidade Jurídica. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2663786/carta-aberta-aos-terceirizados-e-a-comunidade-juridica>> Acesso em: 11.05.2011.

⁵⁹⁵ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Carta Aberta aos “Terceirizados” e à Comunidade Jurídica. Op. Cit..

Assim, o mais adequado mostra ser a aplicação do princípio da aptidão probatória.⁵⁹⁶ Desse modo, deve-se atribuir o ônus da prova à Administração Pública, por estar esta em melhores condições de demonstrar a caracterização ou não de sua culpa.

Nesse sentido vem decidindo o TRT da 15ª Região, como exemplifica a seguinte ementa:

TERCEIRIZAÇÃO. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO COMO TOMADORA E BENEFICIÁRIA DOS SERVIÇOS PRESTADOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1º E 37 DA CF/88, ARTS. 186 E 187 DO CÓDIGO CIVIL, ART. 67 E 71, §2º DA LEI 8.666/93, SÚMULA 331, V E VI DO C. TST E ADC 16 DO STF.

Nas terceirizações cabe ao tomador e real beneficiário dos serviços prestados exigir, acompanhar e fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pela empregadora contratada, sob pena de ser chamado a responder pelo comportamento omissor por culpa *in vigilando* (artigos 186 e 187 do Código Civil), conforme diretriz da jurisprudência dominante (Súmula 331, V do C. TST). Mesmo em se tratando de pessoa jurídica de direito público deve ser mantido referido entendimento, com supedâneo no artigo 37 da CF/88, pois o fato de ter ocorrido um processo de licitação não a desonera do encargo legal de fiscalizar a atuação da contratada. A Lei 8.666/93 estabelece normas para licitações e contratos administrativos no âmbito dos poderes da União, Estados e Municípios, que devem ser interpretadas em conformidade com os preceitos constitucionais, notadamente a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, instituídos como fundantes da República, de modo que o disposto em seu artigo 71 não pode ser utilizado incorretamente como escudo de isenção de responsabilidade pela prática de atos lesivos aos direitos do trabalhador, entendimento que está em consonância com o julgamento proferido pelo E. STF na ADC nº 16.

Acrescente-se que cabe ao tomador o ônus de comprovar o cumprimento dos requisitos da Lei 8.666/93, não só quanto às questões documentais, mas do fato como um conjunto, pois é a parte que expressamente detém a aptidão para a prova, ou seja, as melhores condições para demonstrar a fiscalização da atuação da empresa quanto ao cumprimento das obrigações legais trabalhistas (carga probatória dinâmica).

Ressalte-se que o reconhecimento da subsidiariedade não implica em transferência de responsabilidade, face à necessária observância do benefício de ordem, de sorte que não se restringe apenas aos casos de irregularidade ou fraude na terceirização, abrangendo todas as situações em que o tomador se beneficiou da força de trabalho e deixou de fiscalizar e acompanhar a atuação da contratada (Súmula 331, VI, C. TST).⁵⁹⁷ (Grifos acrescidos)

⁵⁹⁶ ALMEIDA, Dayse Coelho. Terceirização trabalhista na Administração Pública. In: *Fórum de contratação e gestão pública*, v. 11, n. 129, p. 25-37, set. 2012.

⁵⁹⁷ Ementa de Acórdão - 1ª TURMA - 1ª CÂMARA - RECURSO ORDINÁRIO PROCESSO TRT/15ª REGIÃO N. 0001209-68.2011.5.15.0133. Disponível em: <<http://portal.trt15.jus.br/decisoes>> Acesso em: 04.01.2013.

No entendimento de Ivani Contini Bramante, “a derrota da Súmula 331/TST é mais aparente que real”, uma vez que a justiça trabalhista poderá continuar investigando e decidindo sobre a responsabilidade da Administração Pública na terceirização, apenas “houve o deslocamento da questão para o contexto fático-probatório”.⁵⁹⁸

Entretanto, alguns autores questionam sobre esse novo entendimento a capacidade da Justiça Trabalhista de analisar o conjunto fático-probatório e o ônus da prova de forma a atingir a verdade real e aferir a existência de culpa e responsabilidade da Administração Pública em contratos de terceirização.⁵⁹⁹

[C]onforme o caso (e o caso normalmente envolve prova, matéria à qual o TST foge como o Diabo da cruz), estão livres os juízes e tribunais para declararem a responsabilidade subsidiária dos órgãos da administração Pública, com a simples afirmação de que “no caso sub judice” a administração agiu com culpa in vigilando (...). Essa nova corrente jurisprudencial, que com certeza irá surgir filiada à opinião do próprio STF, será o “Cavalo de Troia” da jurisprudência trabalhista. A menos que o TST reveja seus conceitos sobre a matéria de prova ou regule a matéria na Súmula 331 com uma redação impecável, serão irrecorríveis todas as decisões tomadas pelos juízes e pelos tribunais, com base na “prova dos autos” ou “nos fatos da causa”, para declarar a culpa in vigilando da Administração Pública, piorando extremamente a situação processual dos órgãos públicos.⁶⁰⁰

Cabe salientar que caso não seja aferida a culpa da Administração Pública por insuficiência probatória, aquele que restará processualmente mais prejudicado será o próprio trabalhador terceirizado que prestou serviços ao Poder Público e não obteve sua remuneração devida. Isso se dá por conta da impossibilidade de matéria fática-probatória ser analisada pelo Tribunal Superior do Trabalho, conforme estabelece o Enunciado nº 126 do referido tribunal, in verbis: “Recurso Cabimento. Incabível recurso de revista ou de embargos (art. 896 e 894, b, da CLT) para reexame de fatos e provas”. Assim, resta impedida qualquer tentativa de mudança de decisão proferida em 2ª instância no sentido de imputar a responsabilidade subsidiária à Administração Pública. O trabalhador terceirizado que prestou serviços ao Poder Público terá seu recurso de revista negado seguimento por enquadrar-se no revolvimento de matéria fática.

⁵⁹⁸ BRAMANTE, Ivani Contini. A aparente derrota da Súmula 331/TST e a responsabilidade do Poder Público na terceirização. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, n. 7, 2011, p. 38.

⁵⁹⁹ BELMONTE, Alexandre Agra. MUNHOZ, Andréa Rodrigues de Oliveira. Os efeitos da Declaração de Constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), sobre a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST). In: *Fórum de contratação e gestão pública*, v. 11, n. 128, ago 2012, p. 24.

⁶⁰⁰ OLIVEIRA, Luiz Edgar Ferraz de. A Súmula 331 do TST e o artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, n. 7, 2011, p. 29.

Essa mudança de interpretação da Súmula 331 parece refletir de forma bastante acertada o que Pierre Bourdieu chama de “coerção econômica disfarçada de razões jurídicas”. Segue trecho do sociólogo francês a respeito do tema:

“A coerção econômica se disfarça muitas vezes de razões jurídicas. (...) E, pela própria hipocrisia das racionalizações destinadas a mascarar os seus duplos critérios (...). Também faz parte da defesa da razão o combate àqueles que mascaram sob as aparências da razão os seus abusos de poder, ou que se servem das armas da razão para fundamentar ou justificar um império arbitrário.”⁶⁰¹

A alteração no entendimento a respeito da forma de aplicação da Súmula 331 pelo STF surgiu por conta da impetração de uma Ação Direta de Constitucionalidade proposta pelo Governo do Distrito Federal. Ao que tudo indica, essa ação foi impetrada com o objetivo de reduzir despesas públicas à medida que buscava eximir a Administração Pública de várias responsabilidades trabalhistas se preenchesse certos requisitos de fiscalização em relação à empresa contratada. Entretanto, à medida que o novo entendimento almeja reduzir despesas públicas, ele passa também a precarizar a situação do trabalhador terceirizado.

Uma prova dessa intenção de reduzir custos, sustentada pela parte impetrante da ADC nº 16, é a declaração do Procurador-Geral do Distrito Federal ao comemorar a vitória:

A Procuradoria-Geral do Distrito Federal obteve vitória hoje à tarde, em julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, referente à Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, referente ao artigo 71, da Lei nº 8.666/93. A decisão afasta em definitivo a responsabilidade do Poder Público em relação a qualquer débito trabalhista e fiscal das empresas contratadas. Importa destacar que esta decisão implica a economia de milhões de reais para os cofres distritais, já que existem mais de 4 mil Ações judiciais nas quais o Distrito Federal foi condenado a arcar com dívidas de empresas que prestaram serviços ao ente federativo. A importância do tema se revela na medida em que todos os estados-membros, a União e diversos municípios se uniram à iniciativa pioneira do DF em propor a ADC.⁶⁰²

Em crítica a essa declaração, Jorge Luís Souto Maior afirma que “o fato é que a terceirização nos põe diante de um dilema que nos obriga a escolher entre preservar a eficácia

⁶⁰¹ BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos*. Op. Cit., p. 31.

⁶⁰² Nota do Gabinete da PGDF. In:

http://www.adpf.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=68:vitoria-da-pgdf-na-adc-16-afasta-a-reponsabilidade-do-estado-pelo-pagamento-de-debitos-de-empresas-terceirizadoras-de-mao-de-obra&catid=18:noticias%Itemid=36 Acesso em 14.04.2011. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luís. Carta Aberta aos “Terceirizados” e à Comunidade Jurídica. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2663786/carta-aberta-aos-terceirizados-e-a-comunidade-juridica> > Acesso em: 11.05.2011.

do direito e com isso satisfazer os interesses econômicos que estão envolvidos em tal prática”.⁶⁰³ Nessa mesma seara, Helder Santos Amorim coloca que o STF não enfrentou “a questão da responsabilidade pelos direitos dos trabalhadores terceirizados sob o enfoque dos direitos fundamentais dos trabalhadores, como se é de esperar de uma Corte Constitucional incumbida de zelar pela efetividade da Constituição”.⁶⁰⁴

Assim, como afirma Jorge Luís Souto Maior, “o entendimento do Supremo será utilizado para enterrar, de vez, os direitos dos trabalhadores terceirizados”.⁶⁰⁵ À medida que a Procuradoria-Geral do Distrito Federal, acompanhada de outros estados da federação, comemora a vitória obtida pela decisão do STF, vê-se que a economia de “milhões de reais para os cofres distritais” se dá em detrimento de condições mínimas para os trabalhadores terceirizados, como um salário digno e compatível com as funções desempenhadas, desrespeitando frontalmente a Constituição, principalmente em seus artigos 5º e 7º.

Ao que tudo indica, essa mudança de percepção está mergulhada no contexto do neoliberalismo, que o mundo ocidental vive nos dias atuais. Contexto esse que vem destruindo construções e garantias trabalhistas conquistadas ao longo de séculos.

Pierre Bourdieu faz a seguinte análise a respeito desse contexto e de seus pensadores:

(...) o trabalho incessantes dos “pensadores” neoliberais, para desacreditar e desqualificar a herança de palavras, tradições e representações associadas às conquistas históricas dos movimentos sociais do passado e do presente; sob a condição também de que se saiba defender as instituições correspondentes, direito do trabalho, assistência social, previdência social, etc. Contra o projeto de condená-las ao arcaísmo de um passado ultrapassado ou, pior ainda, de constituí-los, desafinado toda verossimilhança, em privilégios inúteis ou inaceitáveis. (...)

Inspirando-se numa intenção paradoxal de subversão orientada para a conservação ou a restauração, os revolucionários conservadores são espertos em transformar em resistências reacionárias as reações de defesa suscitadas por ações conservadoras que descrevem como revolucionárias; e ao mesmo tempo condenam como defesa arcaica e retrógrada de “privilégios” reivindicações ou revoltas que se enraízam na invocação dos direitos adquiridos, isto é, num passado ameaçado de degradação ou de destruição por suas medidas regressivas (...).⁶⁰⁶

⁶⁰³ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Carta Aberta aos “Terceirizados” e à Comunidade Jurídica*. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2663786/carta-aberta-aos-terceirizados-e-a-comunidade-juridica> > Acesso em: 11.05.2011.

⁶⁰⁴ VIANA, Márcio Túlio. NEVES DELGADO, Gabriela. AMORIM, Helder Santos. *Terceirização: Aspectos Gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos Enfoques*. Op. Cit.

⁶⁰⁵ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Carta Aberta aos “Terceirizados” e à Comunidade Jurídica*. Op. Cit.

⁶⁰⁶ BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos* Op. Cit., p. 146 a 148.

Em se tratando particularmente do caso brasileiro, a situação se agrava pois não há uma legislação específica regulando a prática da terceirização. Como declarou o Ministro Cezar Peluso citado por Jorge Luís Souto Maior, “a terceirização no serviço público não tem amparo constitucional”, o ingresso no serviço público requer necessariamente um concurso público.⁶⁰⁷ Então os responsáveis por regulamentar tal prática acabam sendo os tribunais superiores, o Tribunal Superior do Trabalho e, a nível constitucional, o Supremo Tribunal Federal. As orientações jurisprudenciais, súmulas e as decisões dessas cortes passam a funcionar como leis, como instrumentos orientadores, quando surge um problema concreto e precisa-se de uma solução.

No caso da ADC nº 16, os ministros do Supremo passam a legislar a respeito da terceirização como forma de não declarar a inconstitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666, e adequar a este dispositivo a interpretação do item IV da Súmula 331 do TST. Assim, nem se apegaram à legalidade estrita e isolada do que dispõe o §1º do artigo 71 da Lei de Licitações, nem o declararam inconstitucional para garantir o direito dos trabalhadores, ficando a meio caminho, tentando equilibrar a situação sem desagradar aos entes federativos.

Uma crítica a este tipo de atuação protagonizada pelo STF pode ser encontrada em Jeremy Waldron. O jurista analisa os tempos atuais e afirma que os positivistas modernos vêem a legislação com “atributos do descarado e do imprudente”. Segundo o autor, quando um juiz legisla, finge que “está descobrindo o que a lei era o tempo todo”, assim as leis são alteradas todos os dias nos tribunais superiores com o disfarce de essas cortes não almejem legislar, e como se só o Parlamento alterasse abruptamente a lei de forma “descarada”.⁶⁰⁸

Para Jeremy Waldron, os positivistas modernos focam suas preocupações quanto ao direito nas atuações e interferências realizadas pelos tribunais e não à legislatura. A regra de reconhecimento de Hart agora passou a ser o que os tribunais dizem ser o direito e que passa a orientar os tribunais de instâncias inferiores.⁶⁰⁹

Esse pensamento está enraizado na teoria jurisprudencial de Joseph Raz, que tem como base do direito não a legislatura, uma vez que para Raz “não há nenhuma razão para que os tribunais precisem orientar-se para uma legislatura”, o que realmente interessa é a tradição de decisões de um tribunal que obrigam os demais no que tange à forma de aplicar a

⁶⁰⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luís. *Carta Aberta aos “Terceirizados” e à Comunidade Jurídica*. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2663786/carta-aberta-aos-terceirizados-e-a-comunidade-juridica> > Acesso em: 11.05.2011.

⁶⁰⁸ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução: Luís Carlos Borges. Revisão: Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 13 e 14.

⁶⁰⁹ *Idem*, p. 17 e 18.

lei. Segundo Jeremy Waldron, o que Raz propõe é basicamente que é possível um sistema jurídico sem legislatura, mas não o é sem jurisdição.⁶¹⁰

O que se observa com o caso da terceirização no sistema brasileiro é justamente uma ausência de legislatura completa e unificada que regule a prática, mergulhada numa imensidão de jurisdições que se sobrepõem constantemente tentando dar limites e contornos jurídicos a uma prática em constante expansão e crescimento. É o que observa Jorge Luís Souto Maior ao afirmar o seguinte:

(...) Há de se reconhecer o quanto o fenômeno da terceirização desmonta a condição humana, sendo mais que urgente eliminá-la de nossa realidade, tanto na área pública quanto no setor privado, mediante a proliferação de declarações da existência de vínculos jurídicos diretos com os tomadores de serviço, acompanhadas da responsabilização solidária dos entes jurídicos diretos com os tomadores de serviço, acompanhadas da responsabilização solidária dos entes envolvidos, com base nos artigos 932, 933 e 942 e seu Parágrafo único do Código Civil, dentre outros, **valendo lembrar que não há um só dispositivo jurídico a legitimar a terceirização a não ser os próprios entendimentos jurisprudenciais.** (Grifos acrescidos)⁶¹¹

Como explica Jorge Luís Souto Maior, a prática da terceirização desrespeita os preceitos constitucionais da necessidade de prévio concurso público, permitindo que o Estado se beneficie de um serviço prestado por um terceirizado, em detrimento da precarização da condição do trabalhador.⁶¹²

Segundo Jeremy Waldron, essa tendência se mostra devido ao temor que a jurisprudência tem em ser identificada com o político.⁶¹³ Na visão do autor, principalmente os juristas norte-americanos vêem a legislação como algo que “polui o direito consuetudinário”.⁶¹⁴

A crítica filosófica do construtivismo racionalista preocupa-se com o que é considerado “o atraente anonimato do direito”, que tem aparência de “neutralidade” e é distante e independente da política, e vêem essas características na jurisprudência, uma vez que consideram a legislação “por demais humana, por demais associada a decisões explícitas, datáveis”. É uma visão que considera o “direito consuetudinário como neutro e anônimo na origem”.⁶¹⁵

⁶¹⁰ *Idem*, p. 18 e 19.

⁶¹¹ SOUTO MAIOR, Jorge Luís. *Carta Aberta aos “Terceirizados” e à Comunidade Jurídica*. Op. Cit.

⁶¹² *Idem, ibidem*.

⁶¹³ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Op. Cit., p. 20 e 21.

⁶¹⁴ *Idem, ibidem*.

⁶¹⁵ *Idem*, p. 28 e 29.

Como explica Jeremy Waldron, é uma visão que supõe “que os processos pelos quais os tribunais chegam a suas decisões sejam especiais e distintos, não diretamente políticos, mas que expressam certo espírito subjacente de legalidade”. Já em relação “à argumentação no congresso e no parlamento é explícita e despididamente política”.⁶¹⁶

Entretanto, com base na crítica de Jeremy Waldron e a visualização do sistema brasileiro, verifica-se que em alguns membros do judiciário também estão presentes vontades políticas que influenciam a tomada de decisões e com isso a transformação do direito, e não é a Corte Suprema um mero instrumento neutro que possibilita a transformação espontânea do direito consuetudinário.

A decisão da ADC nº 16 foi influenciada pelo sistema neoliberal, e, com a mudança de redação da Súmula 331, não foi diferente. A redução de custos, um dos lemas do neoliberalismo, camuflou-se e conseguiu ser sobreposta em relação às garantias trabalhistas do obreiro terceirizado.

Sobre esse assunto, Habermas faz a seguinte análise: “Nos Estados Unidos, desde há muito tempo, se desenvolve um debate acalorado sobre a legitimidade do controle das normas (judicial review), exercido pela *Supreme Court* em última instância, pois a convicção republicana segundo a qual “todo poder do Estado vem do povo” recusa-se a aceitar o poder elitista de especialistas em direito, que, apelando somente para a sua competência específica de interpretar a consituição e sem serem legitimados pelas maiorias democráticas, revogam decisões de um legislativo eleito democraticamente.”⁶¹⁷

A legislação travestida sob a roupagem de jurisprudência produzida pela Suprema Corte não possui a mesma base representativa da legislação “pura” produzida pelo Parlamento. Tudo isso leva ao questionamento dos limites de atuação entre os três poderes que são interdependentes, e até que ponto a Corte Suprema não estaria exercendo funções das Casas Legislativas.

Carlos Augusto Junqueira Henrique faz a seguinte reflexão a respeito do papel da jurisprudência na regulamentação do ordenamento:

Sabe-se que as súmulas representam o entendimento jurisprudencial predominante de um tribunal quanto à inteligência emprestada a um determinado dispositivo legal. O enunciado da súmula reflete essa inteligência que sempre há de estar voltada à lei em sua aplicação. **O *dictum* da súmula não pode criar norma de conduta porque, se assim o faz,**

⁶¹⁶ *Idem*, p. 29 e 30.

⁶¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 157.

extrapola as funções jurisdicionais para ingressar no terreno legislativo.
(Grifos em negrito acrescidos)⁶¹⁸

Luiz Edgar Ferraz de Oliveira faz instigante análise a respeito do teor da decisão do STF na ADC nº 16, no que tange à abertura que foi conferida para que a Justiça Trabalhista condene a Administração Pública responsabilizando-a subsidiariamente em caso de culpa:

(...) revela que a decisão judicial foi influenciada por um componente político e abriu oportunidade para uma nova corrente jurisprudencial baseada no requisito da culpa “caso a caso”.⁶¹⁹

Nesse sentido, Menelick de Carvalho Netto explica que “a aplicação dos direitos não mais pode ser confundida com a sua justificação em tese”.⁶²⁰ As normas recebem sua justificação no momento de sua elaboração pelo legislativo, passando por um “crivo da universalidade, da aceitabilidade universal”, algo que não está presente no judiciário.⁶²¹ No processo de decisão judicial, a norma passará pelo momento de aplicação no qual deverá ser interpretada considerando as situações hermenêuticas do mundo e a condição concreta de cidadania de um povo.⁶²²

O problema que se mostra mais gritante e urge para os defensores dos direitos trabalhistas é a questão da isenção da responsabilidade do Estado perante os terceirizados. Considerando que a prática da terceirização precariza a situação do trabalhador terceirizado e que, mesmo assim, o Estado dela se beneficia pois recebe a prestação de um serviço, nada mais justo que a Administração Pública se responsabilize pelos débitos trabalhistas devidos aos trabalhadores terceirizados que lhe prestaram serviços.⁶²³

A mudança de interpretação e aplicação do Direito não levou em conta a condição dos trabalhadores terceirizados no mundo como situação hermenêutica. Nesse sentido, Menelick de Carvalho Netto faz a seguinte abordagem:

⁶¹⁸ HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira. Enunciado da Súmula nº 331 do TST. Uma desconcertante tentativa de atualização jurisprudencial. In: *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, n. 3, p. 91-88, fev. 2011.

⁶¹⁹ OLIVEIRA, Luiz Edgar Ferraz de. A Súmula 331 do TST e o artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93. Op. Cit., p. 29.

⁶²⁰ NETTO, Menelick de Carvalho. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: *Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais*. Op. Cit. p. 158.

⁶²¹ *Idem, ibidem*.

⁶²² *Idem, ibidem*.

⁶²³ BORGES, Lara Parreira de Faria. Limites da Terceirização Trabalhista na Administração Pública. In: *Órbita Revista Científica*. Campina Grande, Paraíba. Volume 3, número 1, p. 46-73, 2012.

Eu não interpreto só texto, nossa situação no mundo é uma situação hermenêutica, inclusive eu mesmo sou um projeto se for algo, porque os sistemas tendem a nos reduzir a nada, a objetos, a papéis sociais. (...) no nível público, temos de empreender o resgate de nós mesmo como projeto de uma cidadania concreta, de um povo, de uma nação. Ou seja, de uma comunidade de pessoas que requer concretamente a realização dos direitos de seus membros em sua vida cotidiana.⁶²⁴

Normas gerais nem sempre são aplicáveis a todos os casos,, mas apenas àqueles casos que sejam capazes de reger sem resíduos de injustiça. Qualquer caso é complexo, é difícil, qualquer situação concreta envolve pretensões a direitos, e o trabalho judicial aí é essencial para que a nossa sociedade, essa sociedade artificial, sem fundamento, se torne crível, para que possamos acreditar que existe justiça. A fundamentação da decisão há de apresentar tal consistência que possa, em tese, convencer racionalmente a parte cuja pretensão não foi acolhida da impossibilidade de se fazê-lo sem ferir a justiça e, portanto, a própria segurança jurídica.⁶²⁵

Não há Constituição a ser defendida se ela não for vivenciada.⁶²⁶

Nesse sentido, a mudança no entendimento da Súmula 331 do TST com base no artigo 71 da Lei 8.666/93 não considerou a situação do trabalhador terceirizado que presta serviços para a Administração Pública, como condição hermenêutica para uma decisão constitucional.⁶²⁷

De igual modo, a mudança na aplicação e redação da Súmula 331 do TST não foi capaz de realizar justiça, pois suprimiu uma garantia do trabalhador ferindo o valor social do trabalho, garantido pelo artigo 1º da Constituição Federal de 1988, acolhendo em contrapartida uma pretensão que visa à redução de gastos da Administração Pública pela restrição das garantias do trabalhador, sem uma fundamentação racional para limitar direitos constitucionais.⁶²⁸

Assim, a Constituição vigente não foi vivenciada plenamente, perdendo o foco da justiça na situação cotidiana da terceirização na Administração Pública. Não houve uma preocupação com a cidadania, direito constitucional garantido a todo cidadão como limite de aplicação da Constituição.⁶²⁹

Desse modo, a decisão proferida em sede da ADC nº 16 pelo Supremo Tribunal Federal acabou por impedir a garantia dos direitos trabalhistas dos terceirizados, deixando-os

⁶²⁴ NETTO, Menelick de Carvalho. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: *Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais*. Op. Cit. p. p. 159.

⁶²⁵ *Idem*, p. 160.

⁶²⁶ *Idem*, p. 161.

⁶²⁷ BORGES, Lara Parreira de Faria. Limites da Terceirização Trabalhista na Administração Pública. Op. Cit.

⁶²⁸ *Idem*, *ibidem*.

⁶²⁹ *Idem*, *ibidem*.

em uma condição precarizada incompatível com os valores determinados pela Constituição de 1988, como o direito ao trabalho digno (art. 7º, CF), o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e o valor social do trabalho (art. 1º, inciso IV, CF/88). Essas consequências se dão uma vez que as garantias trabalhistas do obreiro terceirizado se vêm com possibilidade de adimplemento significativamente restringidas.⁶³⁰

Uma das consequências mais nefastas dessa mudança de entendimento é a questão da isenção da responsabilidade do Estado perante os terceirizados. Considerando que a prática da terceirização na Administração Pública é problemática⁶³¹ e que, mesmo assim, o Estado dela se beneficia pois recebe a prestação de um serviço, nada mais justo que a Administração Pública se responsabilize pelos débitos trabalhistas devidos aos trabalhadores terceirizados que lhe prestaram serviços.

Jorge Luís Souto Maior desenvolve a noção da necessidade de responsabilização estatal no seguinte trecho, ao comentar o caso emblemático da terceirização do serviço de limpeza ocorrido na Universidade de São Paulo:

Como se vê, é improvável que a USP não seja responsabilizada, diretamente, pelo sofrimento experimentado pelos cidadãos brasileiros que ostentam a qualidade de empregados de empresas prestadoras de serviços, contratadas pela Universidade em processo licitatório estabelecido a partir da regra do menor preço, que impõe a precarização da vida dessas pessoas, conduzindo-as à condição de semiescravidão e à “punição” de não verem respeitados os seus mais rudimentares direitos trabalhistas, que possuem, como se sabe, “status” de direitos fundamentais, além de caráter alimentar. Os terceirizados também são cidadãos brasileiros e se forem vitimados por uma prática irresponsável cometida por um preposto do Estado, com relação à qual a própria participação do Estado, ainda que indireta, não pode ser negada, é impossível negar-lhes a devida reparação pelo dano experimentado junto ao Estado.⁶³²

O novo entendimento do STF aproxima-se da condição de irresponsabilidade que o Estado possuía até o advento da Resolução nº 96/2000. Inicialmente a Súmula 331 do TST estabelecia a responsabilidade subsidiária da tomadora apenas para empresas privadas nas lides trabalhistas, deixando a Administração Pública isenta da responsabilidade civil.⁶³³ A

⁶³⁰ *Idem, ibidem.*

⁶³¹ Autores como Dayse Coelho de Almeida militam pela inconstitucionalidade do §1º do artigo 71 da Lei 8.666/93, afirmando que tal dispositivo viola princípios constitucionais protetivos do trabalho (art. 1º, incisos III e IV) ao excluir a responsabilidade da Administração Pública. In: ALMEIDA, Dayse Coelho. *Terceirização trabalhista na Administração Pública*. Op. Cit.

⁶³² SOUTO MAIOR, Jorge Luís. *Carta Aberta aos “Terceirizados” e à Comunidade Jurídica*. Op. Cit.

⁶³³ OLIVEIRA, Luiz Edgar Ferraz de. A Súmula 331 do TST e o artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93. Op. Cit., p. 29 e 30.

mudança veio com um incidente de uniformização de jurisprudência suscitado perante a 4ª Turma do TST, documentado na Resolução nº 96/2000.⁶³⁴ O incidente deu impulso ao surgimento de duas propostas: uma pela responsabilização subsidiária da Administração Pública e outra pela exclusão dessa responsabilidade com base no artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93.⁶³⁵ A proposta vencedora foi pela inclusão de órgãos do Poder Público no rol de tomadores que podem ser responsabilizados subsidiariamente objetiva (com fundamento constitucional no art. 37, §6º), amparando-se nos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade pública que não admitiriam que uma ação omissiva ou comissiva do Estado que gerasse prejuízo a terceiro ficasse isenta de reparação.⁶³⁶

Esse entendimento, mesmo já criticado anteriormente, pode ser entendido no sentido de que o contrato da Administração Pública é com a empresa contratada, sendo o trabalhador que lhe presta serviço um terceiro em relação ao referido contrato que sofre prejuízo com o inadimplemento da contratada por omissão fiscalizatória do Estado.

Rompendo com essa proposta e retornando em parte à postura anterior de irresponsabilidade do Estado, ou melhor, ficando a meio caminho entre a responsabilidade objetiva e a irresponsabilidade total, o novo posicionamento do STF gera polêmica.

Obviamente, a decisão do STF tinha mesmo de gerar polêmica, pois o seu fundo político não conseguiu desbotar a mensagem social da súmula do TST que tem por pano de fundo a dignidade dos trabalhadores e o princípio da igualdade deles perante as leis sociais e previdenciárias. **De fato, é incompreensível por que os trabalhadores que prestam serviço aos órgão públicos ficam ao desamparo da lei, enquanto outros que prestam serviço em empresas privadas têm a proteção subsidiária do tomador do serviço como garantia dos direitos trabalhistas e previdenciários** (curiosamente, o §2º do art. 71 da Lei 8.666 responsabiliza solidariamente os órgão da Administração Pública pelas dívidas previdenciárias do contratado, e disso ninguém se queixa).

A questão da responsabilidade subsidiária dos órgão da Administração Pública está a merecer um tratamento mais rigoroso do legislador (por exemplo, transferindo a responsabilidade também ao administrador responsável pela falta de fiscalização, como forma de ressarcimento dos cofres públicos), pois o conflito judiciário já foi instalado com a decisão do STF.⁶³⁷ (Grifos acrescidos)

Verifica-se, assim, que a própria Lei 8.666 em seu artigo 71 possui uma inconsistência interna ao passo que em um parágrafo isenta a Administração Pública de verbas trabalhistas,

⁶³⁴ *Idem*, p. 30.

⁶³⁵ *Idem*, *ibidem*.

⁶³⁶ *Idem*, p. 31.

⁶³⁷ *Idem*, *ibidem*.

mas no seguinte já a responsabiliza solidariamente pelas dívidas previdenciárias decorrentes daquelas verbas.

Toda essa construção que busca dificultar a responsabilidade do Estado visa em última instância difundir a prática da terceirização pelo Poder Público. Os defensores da terceirização na Administração Pública apontam a prática como uma forma de modernizar o Estado.⁶³⁸ Jorge Luiz Souto Maior critica esse posicionamento:

Os autores que cuidam do assunto, **defendendo a terceirização no setor público, falam de modernização do ente público, mas ou não têm a mínima idéia do que representa a terceirização no contexto da produção capitalista ou, tendo, assumem o risco de que trazer tal perversidade para o âmbito público, só não se sabe para atender a qual finalidade. A do lucro?**

É evidente que a lógica da terceirização nada tem a ver com as exigências do serviço público, a não ser que se queira ver no Estado um produtor de riquezas a partir da exploração do trabalho alheio, sendo estes, os “alheios”, exatamente os membros da sociedade a que ele se destina a organizar e proteger.⁶³⁹ (Grifos acrescidos)

Nesse mesmo sentido, Tzvetan Todorov aponta como a proposta do neoliberalismo para a gestão do Estado segundo o modelo empresarial é paradoxal:

Entende-se daí que os diferentes serviços devem ser tratados unicamente na perspectiva da rentabilidade material. Já vimos que essa é apenas uma das vertentes da empresa, sendo a outra os benefícios simbólicos obtidos pelos que nela trabalham. Além disso, porém, o Estado não é exatamente um guichê de serviços; ele tem um poder simbólico próprio, visto que ocupa o lugar de Deus – não, é verdade, como objeto de culto mas como fiador da legalidade e da palavra dada. É ele, igualmente, que garante a continuidade no seio de uma sociedade: os homens passam, **o Estado permanece; é ele que pode preocupar-se com o futuro mais longínquo e com os valores imateriais. Para além de suas funções de regulamentação e redistribuição, o Estado dá à vida comum uma moldura que permite situar nossas ações cotidianas umas em relação às outras.** Mesmo que tenham toda a boa vontade do mundo, as agências privadas, às quais o Estado às vezes delega suas funções de serviço social ou de ajuda no emprego, não podem assumir esse papel simbólico e trazer esse acréscimo de sentido. **O objetivo do Estado não é a rentabilidade, mas o bem-estar da população.** Essa diferença dos fins visados concerne tanto à administração quanto às instituições como a escola ou o hospital.⁶⁴⁰ (Grifos acrescidos)

⁶³⁸ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional*. Op.

Cit.

⁶³⁹ *Idem, ibidem*.

⁶⁴⁰ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Op. Cit., p. 128 e 129.

No Brasil, a terceirização serve para potencializar a exploração da mão-de-obra, mas não consiste essencialmente em uma técnica ou modo de produção.⁶⁴¹

Nada disso tem sentido. A redução de custo é imoral, pois o custo é reduzido a partir da perspectiva do direito daquele que presta serviço. Ora, o direito da sociedade de se fazer valer dos serviços do Estado não pode ser concretizado por meio da diminuição dos direitos do trabalhador, pois isto seria o mesmo que excluí-lo da condição de membro dessa mesma sociedade, ou colocá-lo em uma situação de subcidadania.

A eficiência administrativa, portanto, não pode ser realizada com a precarização dos direitos dos que prestam serviços ao ente público.⁶⁴² (Grifos acrescidos)

Se no setor privado a terceirização já precariza as condições do trabalhador, uma vez que para as empresas tomadoras obterem um produto final com menor custo buscam uma redução dos gastos com mão de obra por meio da contratação da prestadora mais competitiva, ou seja, que paga menos a seus empregados; o setor público não fica atrás, uma vez que é contratada a empresa que apresenta a melhor proposta no certame licitatório, ou seja, o menor custo de mão de obra.⁶⁴³

Outro ponto que Luiz Edgar Ferraz de Oliveira levanta refere-se à situação das empresas públicas e sociedades de economia mista, empresas estatais que, conforme a Constituição Federal em seu artigo 173, § 1º, II, são equiparadas às empresas privadas no que se refere aos direitos e obrigações trabalhistas.⁶⁴⁴ Com relação a estas empresas estatais a questão da isonomia de tratamento entre seus terceirizados e os terceirizados de empresas privadas fica mais defasada, distanciando-se de uma justiça equitativa.

Esses métodos sustentam-se pelo discurso de eficiência e melhoria do desempenho das empresas, mas, em realidade, as vantagens que alcançam são compensadas pelos novos custos em que incorrem.⁶⁴⁵ “Transportadas para o mundo da administração pública, essas técnicas não têm uma eficácia superior”.⁶⁴⁶

Em relação ao grande argumento da redução de custos com mão-de-obra proporcionada pela terceirização, o fato mais paradoxal é que a Administração Pública gasta o

⁶⁴¹ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional*. Op. Cit.

⁶⁴² *Idem, ibidem.*

⁶⁴³ *Idem, ibidem..*

⁶⁴⁴ OLIVEIRA, Luiz Edgar Ferraz de. A Súmula 331 do TST e o artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93. Op. Cit., p. 32.

⁶⁴⁵ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Op. Cit., p. 135.

⁶⁴⁶ *Idem, ibidem.*

mesmo tanto ou mais do que se tivesse seus próprios servidores pagando a uma empresa que para obter seu próprio lucro irá remunerar em nível inferior seus empregados.⁶⁴⁷ Além disso, a terceirização no âmbito estatal serve como instrumento para barganhas políticas e eleitorais, quando candidatos e detentores de cargos políticos angariam votos ou a reeleição com a promessas de geração de empregos bem como promessa de contratação de determinada empresa prestadora.⁶⁴⁸

No que concerne à possibilidade de concessão e permissão para a prestação de serviços públicos autorizada pelo artigo 175 da Constituição, não se trata do mesmo sentido de “serviços” presente no inciso XXI do artigo 37 da CF/88, uma vez que “os serviços públicos são prestados aos administrados e não à própria administração”, os serviços públicos possuem de certo modo uma natureza empresarial em sua forma de execução.⁶⁴⁹ Assim, não cabe a licitação para a realização de serviços que sejam referentes à organização interna da administração ou que mesmo que sejam prestados a particulares não requeiram um viés empresarial.⁶⁵⁰

Pela leitura do artigo 247 da Constituição Federal, é possível entender que há atividades exclusivas e atividades não exclusivas do Estado, e para exercerem as primeiras o indivíduo deve estar investido em um cargo efetivo.⁶⁵¹ Assim, Jorge Luiz Souto Maior conclui que a prática da terceirização na Administração Pública é inconstitucional.⁶⁵²

Antes da decisão do STF na ADC nº 16 a respeito da constitucionalidade do §1º do artigo 71 da Lei 8.666/93, Jorge Luiz Souto Maior já havia se manifestado por sua inconstitucionalidade:

Nunca é demais lembrar que a defesa teórica da possibilidade da contratação de serviços por empresa interposta no âmbito da administração tem, na prática, apenas permitindo que serviços de menor “status” social sejam contratados por meio de empresa interposta, favorecendo os proprietários dessas empresas, sem nenhum benefício para a administração, a não ser um ilusório “lucro” que se obtém com a diminuição do custo desta mão-de-obra. **Ilusório porque não raro, como sói acontecer, como as empresas de terceirização, porque não têm atividade empresarial própria, a não ser o comércio de gente, não possuem bens suficientes para garantir os créditos trabalhistas desses “servidores” e como efeito o ente público é**

⁶⁴⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional*. Op. Cit..

⁶⁴⁸ *Idem, ibidem*.

⁶⁴⁹ *Idem, ibidem*.

⁶⁵⁰ *Idem, ibidem*.

⁶⁵¹ *Idem, ibidem*.

⁶⁵² *Idem, ibidem*.

responsabilizado ao pagamento desses créditos, considerando o Judiciário, como deve mesmo ser, inconstitucional o § 1o., do art. 71, da Lei n. 8.666/93. Mantém-se, assim, a lógica oligárquica da divisão dos papéis entre o público e o privado, ficando o lucro para este e o prejuízo para aquele. Só não se pode pensar em corrigir este problema com aplicação de uma espécie de pena aos trabalhadores, negando qualquer responsabilidade do ente público, pois os trabalhadores também fazem parte da sociedade e a situação a que foram submetidos foi criada, assumida e conscientemente, pelo próprio ente público.⁶⁵³ (Grifos acrescidos)

Jorge Luiz Souto Maior questiona como o Estado, que se diz protetor do cidadão na luta contra sua exploração, pode passar a atuar como explorador por meio da terceirização.⁶⁵⁴ O jurista ainda indaga como se pode garantir que o Estado irá proteger outros direitos se viola a própria Constituição, desrespeitando justo quem lhe presta serviços.⁶⁵⁵

Assim, a decisão proferida em sede da ADC nº 16 pelo Supremo Tribunal Federal acaba por impedir a garantia dos direitos trabalhistas dos terceirizados, deixando-os em uma condição precarizada incompatível com os valores determinados pela Constituição de 1988, como o direito ao trabalho digno (art. 7º, CF) e o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF). Essas consequências se dão uma vez que as garantias trabalhistas do obreiro terceirizado se vêem com possibilidade de adimplemento restringidas, considerando que um dos responsáveis fica eximido de tal dever. Essa mudança no entendimento da Súmula 331, do TST, perpetrada pelo STF gerou reflexos decisivos na nova redação conferida a esta súmula, principalmente no que toca ao inciso V acrescido.

Livia Deprá Camargo Sulzbach questiona o embate que perpassou o julgamento da ADC nº 16 envolvendo o conflito entre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e os direitos fundamentais trabalhistas.⁶⁵⁶ Analisando o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, verifica-se que para o autor o interesse público coincide com o interesse de uma coletividade que prevalece sobre o interesse particular, mas não é uma mera soma de interesses individuais e sim o interesse pelo bem comum que emana dessa coletividade.⁶⁵⁷

⁶⁵³ *Idem, ibidem.*

⁶⁵⁴ *Idem, ibidem.*

⁶⁵⁵ *Idem, ibidem.*

⁶⁵⁶ SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da Administração Pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público x dignidade da pessoa humana? – repercussões do julgamento da ADC nº 16 pelo STF na Súmula n. 331 do TST. Op. Cit., p. 732.

⁶⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 26 ed. Rev. ampl., 2008, p. 69.

Celso Antônio Bandeira de Mello bem como Leonardo de Mello Caffaro adotam uma noção e interesse público que busca a defesa dos direitos fundamentais, de forma que sejam considerados os interesses dos indivíduos como membros da sociedade.⁶⁵⁸

A grande questão que se coloca a essas definições feitas pelos administrativistas é se o uso da terceirização com o fim de reduzir custos e atingir economicidade e eficiência é um interesse primário ou secundário, se é um interesse coletivo que prevalece sobre interesses individuais e direitos fundamentais dos trabalhadores (e se realmente deve haver essa prevalência ou não) ou se é um interesse secundário que deve sucumbir em prol de direitos constitucionais trabalhistas.⁶⁵⁹

No atual paradigma principiológico⁶⁶⁰, Humberto Ávila entende que a “supremacia do interesse público sobre o privado” não seja um princípio jurídico com caráter normativo

⁶⁵⁸ CAFFARO, Leonardo de Mello. O pós-positivismo, o Direito do Trabalho e a noção de interesse público – A terceirização na Administração Pública e a Súmula n. 331 do TST em questão. In: *Revista LTr: legislação do trabalho*, v. 74, n. 12, dez. 2010, p. 1473.

⁶⁵⁹ SULZBACH, Lívia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da Administração Pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público x dignidade da pessoa humana? – repercussões do julgamento da ADC nº 16 pelo STF na Súmula n. 331 do TST. Op. Cit., p. 733.

⁶⁶⁰ Primeiramente, cabe salientar que a noção de princípio (incluindo o da supremacia do interesse público sobre o privado) foi gerada em um paradigma que não considerava princípios como sendo regras, mas apenas um harmonizador do sistema normativo. (In: SULZBACH, Lívia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da Administração Pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público x dignidade da pessoa humana? – repercussões do julgamento da ADC nº 16 pelo STF na Súmula n. 331 do TST. In: *Revista LTr: legislação do trabalho*, v. 76, n. 6, jun. 2012, p. 734.) Para Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é o alicerce de um sistema que se irradia sobre suas normas para facilitar sua exata compreensão. (In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 26 ed. Rev. ampl., 2008, p. 53.)

O paradigma vigente na atualidade, ao contrário do anterior, já considera princípios como sendo uma espécie de norma e, portanto, possuidor de força cogente assim como as regras. Nessa nova forma de ver o mundo normativo, o princípio “deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como [se fosse] uma razão que inclina numa ou noutra direção”. (SULZBACH, Lívia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da Administração Pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público x dignidade da pessoa humana? – repercussões do julgamento da ADC nº 16 pelo STF na Súmula n. 331 do TST. In: *Revista LTr: legislação do trabalho*, v. 76, n. 6, jun. 2012, p. 734.)

Ronald Dworkin afirma que os princípios possuem uma “dimensão do peso ou importância”, que as regras não apresentam, e deve ser considerada quando dois ou mais princípios se inter cruzarem em um conflito. “Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia”. Já as “regras são funcionalmente importantes ou desimportantes”, não possuem graus de importância, o que significa dizer que se aplicam ao caso em que regulam o comportamento com maior precisão, sendo as demais em conflito inválidas para tanto. A grande questão que Dworkin aponta é que “a forma de um padrão nem sempre deixa claro se ele é uma regra ou um princípio”, outras vezes o padrão que distinguirá mas tanto a regra como o princípio desempenharão papéis muito semelhantes. De forma resumida, pode dizer que “podemos adotar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas”. Assim, os princípios deixam de ter um caráter de discricionariedade vinda do juiz e passam a ser obrigatórios e também a ser Direito. In: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 43 a 49.

concreto.⁶⁶¹ Daniel Sarmiento e Humberto Ávila defendem que a supremacia do interesse público sobre o privado não pode ignorar o sistema constitucional vigente, mas deve considerar a relação entre Estado e cidadão segundo o postulado da reciprocidade de interesses, sempre de forma limitada pelos direitos fundamentais.⁶⁶²

Nesse sentido, Livia Deprá Camargo Sulzbach entende que “tal interesse jamais poderá prevalecer automaticamente sobre um direito fundamental, sendo necessária a utilização da ponderação entre princípios para se verificar, no caso concreto, qual prevalecerá em caso de conflito, até porque os direitos fundamentais integram o conceito de interesse público primário”.⁶⁶³

A respeito do importante papel da Justiça Trabalhista de primeiro grau, Luiz Edgar Ferraz de Oliveira faz a seguinte análise:

Talvez o mais lógico seja mesmo a criação de uma nova jurisprudência, enraizada em fundamentos sociais de justiça, até que o legislador e os Tribunais Superiores adotem uma solução conciliadora. Na faixa mais baixa do Judiciário, onde a jurisprudência começa, talvez seja mesmo conveniente envolver a questão sob o manto da matéria fática, da culpa *in vigilando*, para que a justiça seja feita de forma adequada. Se isso efetivamente ocorrer, a decisão do STF será uma vitória de Pirro para a Administração Pública.⁶⁶⁴

Desse modo, assim como o general macedônico, Pirro, mesmo vencendo os romanos em Ásculo, teve que retirar suas tropas, pois perdeu quase todo seu exército; a Administração Pública, mesmo saindo vitoriosa na batalha da ADC nº 16 pela sua responsabilização subsidiária apenas nos casos em que for comprovada sua culpa, terá que retornar à posição de arcar com os débitos trabalhistas da prestadora inadimplente, pois as provas de sua culpa derrubarão a blindagem do seu exército argumentativo amparado no artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93.

A situação não se mostra fácil, mas bastante problemática e de difícil solução. Os Ministros do STF tentaram resguardar a Administração Pública de arcar com débitos trabalhistas da contratada e com isso incorrer em um duplo gasto gerado por empresas

⁶⁶¹ ÁVILA, Humberto. Apud. SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da Administração Pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público x dignidade da pessoa humana? – repercussões do julgamento da ADC nº 16 pelo STF na Súmula n. 331 do TST. Op. Cit., p. 735.

⁶⁶² SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da Administração Pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público x dignidade da pessoa humana? – repercussões do julgamento da ADC nº 16 pelo STF na Súmula n. 331 do TST. Op. Cit., p. 735 e 736.

⁶⁶³ *Idem*, p. 736.

⁶⁶⁴ OLIVEIRA, Luiz Edgar Ferraz de. A Súmula 331 do TST e o artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 Op. Cit., p. 33.

irresponsáveis e que se beneficiam de licitações milionárias. Entretanto, para resguardar a máquina pública e o erário da má fé de empresas, o novo entendimento acabou colocando os trabalhadores no pior dos mundos, uma vez que deixou-os em uma condição de desamparo e, inclusive, de desigualdade em relação a terceirizados que têm como tomador entidades privadas, uma vez que estas são responsabilizadas subsidiariamente independente de culpa, já a Administração só após comprovada sua culpa. Assim, resta aguardar uma atuação das primeiras instâncias da Justiça do Trabalho no sentido de exigir a inversão do ônus da prova para que o Poder Público demonstre sua diligência na fiscalização da empresa contratada e, caso verifique-se omissão deste, o trabalhador obtenha os valores pelo serviço prestado.

6. CONCLUSÃO

A terceirização surge como prática empresarial voltada à redução de custos de produção ao excluir da atuação direta da empresa tomadora tudo aquilo que não seja sua atividade-fim. Desse modo, flexibiliza-se a relação de emprego separando a relação de prestação de serviços da relação empregatícia, alterando a tradicional relação bilateral trabalhista.

Fundamentadas no argumento de reduzir custos para atingir uma maior eficiência, as empresas verticalizadas patrocinam um processo de horizontalização que favorece despedidas em massa, redução do quadro funcional e diminuição de gastos. Em seguida, surgem empresas de pequeno e médio porte, absorvendo parte dos trabalhadores demitidos e organizando a prestação de serviços considerados como atividades-meio das grandes empresas.

Entretanto, esses novos empregos que surgem, por meio da atuação das pequenas e médias empresas, não absorvem toda a massa de desempregados. Além dessa circunstância, outro ponto preocupante está no fato de que a redução de custos almejada pela grande empresa é repassada para o salário do trabalhador terceirizado, que normalmente possui uma menor qualificação, já que o profissional altamente qualificado mantém seu emprego na grande empresa e seu excelente nível salarial.

Por fim, esse processo de terceirização muitas vezes envolvido pelo discurso da especialização, na prática reflete apenas uma concreta redução dos salários e dos direitos dos trabalhadores, bem como o repasse do risco da relação de emprego para a empresa prestadora de serviços. Assim, a terceirização acaba protagonizando a transformação do trabalho em mercadoria, uma mercantilização que vem sendo combatida há anos no plano internacional pela OIT. Todo esse processo demonstra como a força do capital é vigorosa para enfraquecer lutas de séculos contra a precarização do trabalho.

Como fenômeno recente, a terceirização foi praticada durante muito tempo com pouca regulamentação normativa, tanto no âmbito privado, quanto no setor público. Apenas em 1986, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº 256 buscando uniformizar a jurisprudência. Nessa súmula, o TST permitia a terceirização apenas em casos de serviços de vigilância e de trabalho temporário.

Em 1993, a Súmula 256 foi revista e atualizada pela Súmula 331. Nessa, o TST acrescentou determinações contemplando a prática da terceirização inclusive no serviço público. No caso específico da Administração Pública, a terceirização deve necessariamente restringir-se às atividades-meio, sob pena de descumprimento do ordenamento constitucional

no que tange ao artigo 37, II, § 2º, CF/88. De acordo com o dispositivo constitucional, o ingresso em cargo ou emprego público deve ser precedido de concurso público, sob pena de nulidade do ato que investiu a pessoa no cargo, emprego ou função, salvo nos cargos comissionados. O vínculo empregatício direto com a Administração Pública não é admissível, uma vez que o interesse público deve se sobrepor ao interesse particular.

Até a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, a orientação sobre a responsabilidade da Administração Pública na terceirização ilícita restringia-se à aplicação da responsabilidade subsidiária do Estado, consistindo no dever de pagar apenas débitos trabalhistas, sem assinar a CTPS. Entretanto, o STF alterou o entendimento da aplicação da Súmula 331 do TST, determinando que a Administração Pública só deve ser responsabilizada subsidiariamente quando a terceirização for contratada de forma culposa, sem a devida cautela do Poder Público com relação à idoneidade da empresa terceirizante a ser aferida por culpa *in vigilando* daquele na fiscalização desta, conforme expressa a ementa do acórdão da ADC nº 16, publicado no Diário de Justiça Eletrônica nº 173.

Desse modo, foram restringidas as garantias trabalhistas do obreiro terceirizado ao se eximir a Administração Pública de responsabilidade trabalhista imediata em casos de inadimplemento das obrigações pela empresa prestadora dos serviços. Fato é que esse entendimento surge como justificativa jurídica de uma coerção econômica sobre o obreiro terceirizado. Uma coerção do capital que ameaça inclusive a democracia, por oprimir o mais fraco em um exercício de poder sem limites que se utiliza do Estado para atingir seus fins.

Assim, a terceirização, tanto no âmbito público como no privado, vem mostrando-se altamente eficiente na sua meta de redução de custos, ao flexibilizar garantias trabalhistas, sem se preocupar com conquistas históricas dos trabalhadores.

Conclui-se que a Justiça do Trabalho deve buscar um posicionamento constitucional em relação à prática da terceirização, nos moldes do Estado Democrático de Direito e calcada nos limites do artigo 7º da Constituição de 1988. Essa orientação demonstrará o comprometimento com o caráter social do trabalho e o respeito à dignidade do obreiro terceirizado, garantindo o direito fundamental ao trabalho digno, sem sofrimento de coações por vontades econômicas que ferem tais direitos e, inclusive, protegendo a democracia da ameaça de um poder econômico sem limites.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBREGARD, Plínio Antônio Públio. Responsabilidade subsidiária da administração pública direta, autárquica e fundacional. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, n. 7, p. 67-73, 2011.

ALMEIDA, Dayse Coelho. Terceirização trabalhista na Administração Pública. In: *Fórum de contratação e gestão pública*, v. 11, n. 129, p. 25-37, set. 2012.

ALVES, Giovanni. *O novo (e precário) mundo do trabalho. Reestruturação produtiva e crise do sindicalismo*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2000.

ANTUNES, Ricardo. Século XXI: Nova era da precarização estrutural do trabalho? In: ANTUNES, Ricardo. BRAGA, Ruy. (Org.) *Infoproletários – degradação real do trabalho virtual*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2009.

ANTUNES, Ricardo. Anotações sobre o capitalismo recente e a reestruturação produtiva no Brasil. In: ANTUNES, Ricardo. SILVA, Maria A. Moraes. (orgs.) *O avesso do trabalho*. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2004.

ANTUNES, Ricardo. A Questão do Emprego no Contexto da Reestruturação do Trabalho no Final do Século XX. In: HORTA, Carlos Roberto. CARVALHO, Ricardo Augusto Alves de. (organizadores) *Globalização, Trabalho e Desemprego – um enfoque internacional*. Belo Horizonte: C/Arte, 2001.

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. São Paulo: Cortez, Campinas SP: Editora a Universidade Estadual de Campinas, 1999.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora LTr, 2ª Edição, 2006.

BARROS, Cássio Mesquita. A terceirização e a possibilidade de regulamentação. In: *Revista do direito trabalhista*, v. 17, nº 7, p. 4-10, jul. 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As conseqüências humanas*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

BELMONTE, Alexandre Agra. MUNHOZ, Andréa Rodrigues de Oliveira. Os efeitos da Declaração de Constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), sobre a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST). In: *Fórum de contratação e gestão pública*, v. 11, n. 128, p. 18-24, ago 2012.

BOITO JR., Armando. Neoliberalismo e Corporativismo de Estado no Brasil. In: *Do corporativismo ao neoliberalismo. Estado e trabalhadores no Brasil e na Inglaterra*. Org. Ângela Araújo, 1ª Ed., São Paulo, 2002.

BORGES, Lara Parreira de Faria. *Mecanismos de proteção aos credores sociais*. In: Relatório do Grupo de Direito Societário. Grupo de Pesquisa da Universidade de Brasília. Publicado em Segundo Congresso Brasileiro de Direito Comercial. Disponível em: <

http://www.congressodireitocomercial.org.br/2012/relatorios/1_TEMAS_DE_DIREITO_SO_CIETARIO.pdf > Acesso em 18.01.2013.

BORGES, Lara Parreira de Faria. Limites da Terceirização Trabalhista na Administração Pública. In: *Órbis Revista Científica*. Campina Grande, Paraíba. Volume 3, número 1, p. 46-73, 2012.

BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1998.

BRAMANTE, Ivani Contini. A aparente derrota da Súmula 331/TST e a responsabilidade do Poder Público na terceirização. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, n. 7, p. 35-42, 2011.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Ementa de Acórdão - 1ª TURMA - 1ª CÂMARA - RECURSO ORDINÁRIO PROCESSO TRT/15ª REGIÃO N. 0001209-68.2011.5.15.0133. Disponível em: <<http://portal.trt15.jus.br/decisoes>> Acesso em: 04.01.2013.

BRASIL, Nota do Gabinete da PGDF. In: http://www.adpf.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=68:vitoria-da-pgdf-na-adc-16-afasta-a-reponsabilidade-do-estado-pelo-pagamento-de-debitos-de-empresas-terceirizadoras-de-mao-de-obra&catid=18:noticias%Itemid=36 Acesso em 14.04.2011.

BRASIL, Enunciados Sumulares do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_pdf_atual.pdf Acesso em 16.08.2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2010, Decisão proferida em sede de ADC nº 16 em 26 de novembro de 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Informativo mensal de novembro de 2010. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/4_Informativo_mensal_novembro_2010.pdf Acesso em: 20.12.2010.

BRASIL, Notícias do Tribunal Superior do Trabalho. União Não é responsável por pagamentos trabalhistas na inadimplência de empresas contratadas, decide STF. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIAS.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=11544&p_cod_area_noticia=ASCS&p_txt_pesquisa=Terceiriza%E7%E3o> Acesso em: 26.11.2010.

BRASIL, 2009, Instrução Normativa n. 3/2009 da lavra da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG). Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2009/3.htm>> Acesso em 08.01.2013.

BRASIL, Instrução Normativa nº 02/08-SLTI/MPOG, 2008. Disponível em: <<http://www.procuradoria.ufjf.br/legislacao-1/legislacao-sobre-licitacoes-contratos-e-convenios/in-n-o-02-08-slti---mpog>> Acesso em 04.01.2013

BRASIL, 2007, PROJETO DE LEI Nº 1.621. Inteiro teor do Projeto de Lei nº 1.621/07. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A0A444ADED BFF84C7605C1E317570B7C.node2?codteor=483435&filename=PL+1621/2007> Acesso em: 04.01.2013.

BRASIL, 2007, 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, Enunciado nº 11. Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/novidades/1jornadadedireiro.pdf>> Acesso em: 07.01.2013.

BRASIL, Lei 8.666, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm Acesso em: 06.01.2013.

CAFFARO, Leonardo de Mello. O pós-positivismo, o Direito do Trabalho e a noção de interesse público – A terceirização na Administração Pública e a Súmula n. 331 do TST em questão. In: *Revista LTr: legislação do trabalho*, v. 74, n. 12, p. 1470-1484, dez. 2010.

Convenção nº 96, OIT, artigo 3º. Disponível em: < <http://www.oitbrasil.org.br/node/464>> Acesso em 06.12.2012.

CUNHA, Bruno Santos. A Administração Pública e a nova Súmula nº 331 do TST: A questão da fiscalização e a culpa *in vigilando*. In: *Revista do Tribunal regional do Trabalho da 6ª Região*, v. 21, n. 38, p. 90-106, 2011.

DAU, Denise Motta. A expansão da terceirização no Brasil e a estratégia da CUT de enfrentamento à precarização do trabalho. In: DAU, Denise Motta. RODRIGUES, Iram Jácome. CONCEIÇÃO, Jefferson José da. (Org.) *Terceirização no Brasil: Do discurso da inovação à precarização do trabalho (atualização do debate e perspectivas)*. São Paulo: Annablume Editora, 2009.

DEDECCA, Claudio Salvadori. *Racionalização econômica e trabalho no capitalismo avançado*. Coleção Teses. Campinas, Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, 1999.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: Editora LTr, 1ª Edição, 2006.

DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. São Paulo: Editora LTr, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo, Editora LTr, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr Editora, 7ª Edição, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego. Entre os paradigmas da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: Editora LTr, 2007, 1ª edição, 2ª tiragem.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 22ª Ed., 2009.

DRUCK, Graça. FRANCO, Tânia. Terceirização e precarização: o binômio anti-social em indústrias. In: DRUCK, Graça. FRANCO, Tânia. (organizadoras) *A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007.

DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. São Paulo: Editora Boitempo, 1ª Edição, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, Aparecido. Terceirização: um desafio para o movimento sindical. In: *Terceirização: Diversidade e negociação no mundo do trabalho*. São Paulo: Editora Hucitec, 1994.

FERRAN, Eilís. The Place for Creditor Protection on the Agenda for Modernisation of Company Law in the European Union. In: *ECGI (University of Cambridge, Faculty of Law; European Corporate Governance Institute). Law Working Paper. N° 51/2005*. Outubro, 2005.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

GARCIA, Flávio Amaral. A relatividade da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à Administração Pública. In: *Revista brasileira de direito público – RDBP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, p. 137-160, out/dez. 2009.

GIANNOTTI, Vito. *História das lutas dos trabalhadores no Brasil*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2007. 3. Ed. Revista e ampliada, 2009.

GUIMARÃES, Nadya Araujo. Trajetórias surpreendentes: os intermediadores de emprego e seus trabalhadores. In: DAU, Denise Motta. RODRIGUES, Iram Jácome. CONCEIÇÃO, Jefferson José da. (Org.) *Terceirização no Brasil: Do discurso da inovação à precarização do trabalho (atualização do debate e perspectivas)*. São Paulo: Annablume Editora, 2009.

HAAS, Juliana. Reflexões sobre a responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas da contratada à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 77, nº 1, p. 139-155, jan./mar. 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HARVEY, David. *The condition of Postmodernity: An Enquiry into the Origins of Cultural Change*. Cambridge MA & Oxford UK: Blackwell Publishers, 1991.

HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira. Enunciado da Súmula nº 331 do TST. Uma desconcertante tentativa de atualização jurisprudencial. In: *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, n. 3, p. 91-88, fev. 2011.

JUNIOR, Fausto Augusto. SILVA, Lliane Maria Barbosa da. ALMEIDA, Max Leno de. SILVA, Patrícia Pereira da. Terceirização no setor público brasileiro. In: DAU, Denise Motta. RODRIGUES, Iram Jácome. CONCEIÇÃO, Jefferson José da. (Org.) *Terceirização no Brasil: Do discurso da inovação à precarização do trabalho (atualização do debate e perspectivas)*. São Paulo: Annablume Editora, 2009.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 9ª Edição, 2007.

LEIRIA, Jerônimo Souto. SARATT, Newton. *Terceirização: uma alternativa de flexibilidade empresarial*. São Paulo: Editora Gente, 1995.

LEIRIA, Jerônimo Souto. SOUTO, Carlos Fernando. SARATT, Newton Dorneles. *Terceirização – Passo a passo o caminho para a administração pública e privada*. Porto Alegre: Sagra DC Luzzato 2ª Edição, 1993.

MARTINS, Antero Arantes. A Súmula 331 do C. Tribunal Superior do Trabalho e o art. 71, §1º, da Lei 8.666/93. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, n. 7, p. 43-47, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 26 ed. Rev. ampl., 2008.

NETTO, Menelick de Carvalho. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: *Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais*. Coordenador: José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

OLIVEIRA, Luiz Edgar Ferraz de. A Súmula 331 do TST e o artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, n. 7, p.43-47, 2011.

PAIXÃO, Cristiano. Terceirização. O trabalho como mercadoria. In: *Constituição & Democracia*. Domingo, 2 de abril de 2006. Tribuna do Brasil. UnB. SindjusDF, p. 8 e 9.

PASTORE, José. Terceirização. Quem é o responsável? In: *Jornal Trabalhista Consulex*, v. 28, n. 1404, p. 10, dez. 2011.

PINTO, Almir Pazzianotto. Xeque-mate nas armadilhas que cercam a terceirização. Entrevista. In: *Consulex: revista jurídica*, v. 16, n. 359, p. 4-7, jan. 2012.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr Editorial, 3a Ed., 1997.

POLONIO, Wilson Alves. *Terceirização: aspectos legais, trabalhistas e tributários*. São Paulo: Atlas, 2000.

SANDRONI, Paulo. *Novíssimo dicionário de economia*. São Paulo, Editora Best Seller, 9ª Edição, 2002.

SCHWEPPENSHÄUSER, Gerhard. A filosofia moral negativa de Theodor W. Adorno. In: *Educ. Soc., Campinas*, vol. 24, n. 83, p. 391-415, agosto 2003. Disponível em <<http://www.cedes.unicamp.br>>

SILVA, Ciro Pereira da. *A terceirização responsável*. São Paulo: Editora LTr, 1997.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/23113-23115-1-PB.pdf>> Acesso em 09.01.2013.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Carta Aberta aos “Terceirizados” e à Comunidade Jurídica. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2663786/carta-aberta-aos-terceirizados-e-a-comunidade-juridica> > Acesso em: 11.05.2011.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A terceirização e a lógica do mal. In: *Dignidade Humana e Inclusão Social – caminhos para a efetividade do Direito do Trabalho no Brasil*. Coordenadoras: Adriana Goulart de Sena, Gabriela Neves Delgado e Raquel Portugal Nunes. Editora LTr, São Paulo, 2010.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A terceirização sob uma perspectiva humanista. In: *Revista TST*, Brasília, vol. 70, nº1, jan/jul, 2004.

SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da Administração Pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público x dignidade da pessoa humana? – repercussões do julgamento da ADC nº 16 pelo STF na Súmula n. 331 do TST. In: *Revista LTr: legislação do trabalho*, v. 76, n. 6, p. 719-739, jun. 2012.

TEIXEIRA, Marilane. PELATIERI, Patrícia. Terceirização e precarização do mercado de trabalho brasileiro. In: DAU, Denise Motta. RODRIGUES, Iram Jácome. CONCEIÇÃO, Jefferson José da. (Org.) *Terceirização no Brasil: Do discurso da inovação à precarização do trabalho (atualização do debate e perspectivas)*. São Paulo: Annablume Editora, 2009.

TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Tradução: Joana Angélica d’Avila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

VIANA, Márcio Túlio. NEVES DELGADO, Gabriela. AMORIM, Helder Santos. Terceirização: Aspectos Gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST, p. 15. Novos Enfoques. In: *Revista Lex Magister* (revista eletrônica). Publicado em: 15.02.2011. Disponível em: http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=933 . Acesso em: 17.05.2011.

VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado – O direito do trabalho no limiar do século XXI. *Revista LTr*. 63-07/885, Vol. 63, nº 07, Julho de 1999.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução: Luís Carlos Borges. Revisão: Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2003.